

مختصر الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

محقق، ومعلق عليه ونشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة التفتيش بمصر (سابقاً)

المجلد الثاني

مكتبة دار التراث

٢٢ شارع الجزيرة - القاهرة

تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ).

وهي أصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال اللكنوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة » .

حققه وعلّق عليه ونشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البز

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

الجزء الثاني

راجع متنه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

مكتبة دار التراث

٢٢ شارع الجمهورية - القاهرة

جميع الحقوق محفوظة للمحقق الناشر

الدكتور معمر زكي جبر البر

الطبعة الثالثة

١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

رقم الإيداع : ١٥٢١٣ / ٩٨

كتاب

البيع^(١)

اعلم أن البيع مشروع .

عرفت شرعيته بالكتاب ، والسنة ، وإجماع الأمة .

أما الكتاب فقوله تعالى : « وأحل الله البيع »^(٢) ، وقال تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٣) .

وأما السنة < ف > ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « يامعشر التجار ! إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب »^(٤) ، فشوبوه بالصدقة .
وكذلك بعث النبي عليه السلام والناس يتبايعون ، فقرروهم على ذلك ،
والتقرير أحد وجوه السنة .

وعليه إجماع الأمة .

(١) أشرنا في آخر كتاب المناسك (في الهامش ٥ ص ٦٥٨ من الجزء الأول)
أن في ١ نقصاً وننبه هنا إلى أن النقص ما زال .

(٢) البقرة : ٢٧٥ - « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » .

(٣) النساء : ٢٩ - « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم لأن الله كان بكم رحيمًا » .

(٤) في ٢ : « اللغو والحلف والكذب » .

باب السلم

البيع^(١) أنواع أربعة :

أحدها - بيع العين بالعين ، كبيع السلع بأمثالها^(٢) ؛ نحو بيع الثوب بالعبد^(٣) وغيره - ويسمى هذا بيع المقايضة .

والثاني - بيع العين بالدين ، نحو بيع السلع بالائتمان المطلقة ، وبيعها بالفلوس الرائجة ، والمكيل والموزون والمددى المتقارب دينا .

والثالث - بيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق ، وهو الدراهم والدنانير - وإنه يسمى عقد الصرف ، <و> يعرف في كتابه إن شاء الله تعالى .

والرابع - بيع الدين بالعين ، وهو السلم ، فإن المسلم فيه مبيع وهو دين ؛ ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون^(٤) دينا ، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقلين بأنفسهما ، فيصير عينا .

والكلام في السلم في خمسة مواضع :

(١) في الأصل : « قال : البيع » .

(٢) « بأمثالها » ليست في ب . وفي ح : « السلة بمثلها » .

(٣) في ب : « بالتوب » .

(٤) في ب : « لا يكون » .

فى بيان مشروعيته،

وفى بيان^(١) تفسيره لغة وشريعة ،

وفى بيان ركنه،

وفى بيان شرطه ،

وفى بيان حكمه شرعا .

أما الأول : فالقياس أن لا يجوز السلم ، لأنه يبيع المعدوم .

وفى الاستحسان: جائز، بالحديث، بخلاف القياس، لحاجة الناس إليه^(٢) -

وهو قوله عليه السلام : « من أسلم منكم^(٣) : فليسلم فى كبل معلوم، ووزن

معلوم^(٤) ، إلى أجل معلوم » . وروى عنه عليه السلام أنه نهى عن بيع

ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم .

وأما تفسيره : لغة فهو عقد يثبت به^(٥) الملك فى الثمن عاجلا، وفى

التمن آجلا^(٦) - يسمى « سَلَمًا » و « إِسْلَامًا » و « سَلَفًا » و « إِسْلَافًا » لما

فيه من تسليم^(٧) رأس المال للحال .

(١) « بيان » من ح .

(٢) « لايه » من ح .

(٣) « منكم » ليست فى ب .

(٤) « ووزن معلوم » ليست فى ب و ح .

(٥) « به » ليست فى ب .

(٦) « وفى التمن آجلا » ليست فى ح . ولكن كرر العبارة السابقة فقال : « وفى التمن عاجلا » .

(٧) فى ح : « عن تسليمهم » .

وفى عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد بها الشرع لم يعرفها أهل اللغة .

وأما ركنه - فهو الإيجاب والقبول .

والإيجاب ^(١) هو لفظ « السلم » و « السلف » - بأن يقول رب السلم لآخر ^(٢) : « أسلمت إليك عشرة دراهم فى كرخطة » أو « أسلفت » - وقال الآخر : « قبلت » .

ويسمى هذا « رب السلم » ويسمى « المُسلم » أيضا . والآخر يسمى « المُسلم إليه » . وتسمى الخطة « المسلم فيه » .

ولو قال المسلم إليه لآخر : « بعت منك كرخطة بكذا » وذكر شرائط السلم ، فإنه ينعقد أيضا ، لأنه بيع ^(٣) ، على ما روينا أن النبي عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم .

وأما شرائط جواز السلم

فسبعة عشر : ستة فى رأس المال ، وأحد عشر فى المسلم فيه .

أما الستة التى فى رأس المال < فهى > :

أهمها - بيان الجنس : أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكييل : حنطة أو شعير ، أو ^(٤) من الموزون : قطن أو حديد - ونحو ذلك .

(١) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « والإيجاب والقبول » .

(٢) « لآخر » من ب و ح .

(٣) أى ينعقد بلفظ البيع لأن السلم بيع .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « و »

والثاني - بيان النوع : أنه دراهم : غطريفية^(١) أو عدلية^(٢) ، أو دنانير : محمودية أو هروية أو مروية .

وهذا إذا كان في البلد نقود مختلفة . فأما إذا كان في البلد نقد واحد ، فذكر الجنس كاف ، وينصرف إليه لتعيينه عرفاً .

والثالث - بيان الصفة : أنه جيد ، أو ردي ، أو وسط .

والرابع - إعلام قدر رأس المال - < فهو > شرط جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر ، كالمكيل والموزون والمددى المتقارب .

وهذا قول أبي حنيفة ، وهو قول سفيان الثوري وأحد قولي الشافعي .

وقال أبو يوسف ومحمد : ليس بشرط - وهو أحد قولي الشافعي .

وصورة المسألة : إذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم ، وأشار إليها ، أو « هذه الدنانير » وأشار إليها ، ولم يعرف وزنها .

وكذا إذا قال « أسلمت هذه الحنطة في كذا »^(٣) ، ولم يعرف مقدار كيل رأس المال .

وعلى هذا الخلاف :

إذا قال : أسلمت إليك عشرة دراهم في كذا حنطة وكر شعير^(٤) ،

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « غطريفية » - وهي من أعز النقود ببخارى ، وهي منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد (المغرب) - وقد تقدمت في الزكاة .

(٢) في ب كذا : « عدنية » .

(٣) « في كذا » من ب و ح .

(٤) « وكر شعير » ليست في ح .

ولم يبين^(١) حصة كل واحد منهما من المشرة .

وكذلك إذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين مختلفين في القيمة^(٢) .

هذا إذا أسلم فيما يتعلق العقد فيه^(٣) بالقدر .

فأما إذا أسلم فيما^(٤) لا يتعلق العقد فيه بالقدر ، كالذريعات والمدديات المتفاوتة^(٥) : فإنه لا يشترط بيان الذرع في الذريعات ، ولا بيان القيمة فيها ، ويكتفى بالإشارة والتعيين في قولهم جميعا^(٦) .

وأجمعوا في بيع العين أن إعلام قدر الثمن ليس بشرط إذا كان مشارا إليه ، ودلائل المسألة تعرف في المبسوط إن شاء الله .

والخامس - كون الدراهم والدنانير متقعدة ، <فهو>^(٧) شرط الجواز عند أبي حنيفة أيضا مع إعلام القدر^(٨) .

وعندهما ليس بشرط .

والسادس - تعجيل رأس المال وقبضه قبل افتراق الماقيدين بأنفسهما ، <فهو> شرط الجواز عند عامة العلماء ، سواء كان رأس المال عينا أو دينا .

(١) في ب : « ولم يبين » .

(٢) في القيمة « من ب » .

(٣) فيه « من ب و ح » .

(٤) فيما « من ب و ح » وفي الأصل : « ما » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « المتقاربة » . انظر الكاساني ، ٥٠ : ٢٠١ : ٦

من أسفل .

(٦) « جميعا » من ب و ح .

(٧) في ح : « متقعدة » . وفي ب : « متقعدة » . وانقد الدراهم : نظرها ليمرف جيدها

وزيفها (المصباح) .

(٨) زاد في ب : « عندهما » .

وقال مالك : إن كان رأس المال عينا لا يشترط تمجيله ، وإن كان دينا يشترط فى قول - وفى قول قال : يجوز^(١) التأخير يوما أو يومين .

وأجمعوا أن فى الصرف يشترط قبض البدلين قبل الافتراق بأبدانها ، سواء كان عينا كالتمر والمصوغ ، أو دينا كالدراهم والدنانير .

وأما الشرائط التى فى المسلم فيه فى أحد عشر :

أمرها - بيان جنس المسلم فيه : حنطة أو شعير أو نحوهما^(٢) .

والثانى - بيان نوعه : حنطة سقية^(٣) أو بخرسية^(٤) ، سهلية أو جبلية .

والثالث - بيان الصفة : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط .

والرابع - إعلام قدر المسلم فيه ، أنه كر أو قفيز ، بكيل معروف عند الناس - لأن ترك بيان هذه الأشياء يوجب جهالة مفضية إلى المنازعة ، وهى مفسدة ، بالاجتماع .

والخامس - أن لا يشمل البدلين^(٥) أحد وصفى علة ربا الفضل ، وهو القدر المتفق ، أو^(٦) الجنس ، لأنه يتضمن ربا النساء ، والعقد الذى فيه ربا : فاسد .

(١) فى ح : « وفى قول : لا يجوز » .

(٢) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « نحوها » .

(٣) هكذا فى ح . وفى الأصل : « نقيّة » . وفى ب : « نسيّة » - انظر الهامش التالى .

(٤) السقية ما يسقى سحبا ، والبخرسية ما يسقى باطر وقد نسبت إلى البخرس لأنها مبخرسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السبح غالبا (ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ٣٣٨ - والبارقى ، العناية ، نفس الصفحة) .

(٥) فى ب : « لا يشتمل البدلين على » .

(٦) فى ح : « و » .

والسادس - أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين ، حتى لا يجوز
السلم في الدراهم والدنانير .

فأما في التبر هل يجوز السلم فيه ؟ على قياس رواية كتاب ^(١) الصرف :
لا يجوز ، لأنه ألحقه بالمضروب ؛ وعلى قياس رواية كتاب الشراكة : جاز ،
لأنه ألحقه بالمعروض - وهو رواية عن أبي يوسف أيضا : أنه ^(٢) كالعرض .
وأما السلم في الفلوس : < فقد > ذكر في « الاصل » ، وقال : إنه
يجوز ، ولم يذكر الاختلاف - ويجب أن يكون ذلك على قول أبي حنيفة
وأبي يوسف ، لأن عندهما ليس بشئ مطلق ، بل يحتمل التعيين ، في الجملة .
وعلى قول محمد : لا يجوز ، لأنه ثمن مطلق ، على ما عرف في بيع الفلوس
بالفلسين بأعيانها .

والسابع - الأجل في السلم فيه شرط الجواز - وهذا عندنا .

وقال الشافعي : ليس بشرط .

واقب المسألة أن السلم ^(٣) الحال لا يجوز ، عندنا - وعنده : يجوز .

ثم لا رواية عن أصحابنا ، في المبسوط ، في مقدار الأجل . واختلفت
الروايات عنهم ، والأصح ما روى عن محمد ^(٤) أنه مقدر بالشهر ، لأنه
أدنى الآجل وأقصى العاجل .

(١) « كتاب » من ب و ح .

(٢) كذا في ب و ح . وفي الاصل : « عن أبي يوسف كالعرض » .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الاصل : « سلم » .

(٤) في ب : « ما روى محمد » .

والثامن - أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل ؛ ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالحبوب .
فأما إذا كان منقطعاً وقت العقد ، أو وقت حلول الأجل ، أو فيما بين ذلك - فإنه لا يجوز ، عندنا .

وقال الشافعي : إن كان موجوداً وقت محل الأجل : يجوز ، وإن كان منقطعاً في غيره من الأحوال .

ولقب المسألة أن السلم في المنقطع : هل يجوز أم لا ؟ وهي مسألة معروفة . وكذلك المسلم فيه إذا كان منسوباً إلى موضع معلوم يحتمل انقطاعه عليه بالآفة ^(١) ، كحنطة قرية كذا أو أرض كذا ، لا يجوز ، لأنه يحتمل الانقطاع بالآفة ^(٢) .

وذكر في الأصل : إذا أسلم في ^(٣) حنطة هراة : لا يجوز ^(٤) .
وقاس عليه ^(٥) بعض مشايخنا أنه لو أسلم في حنطة سمرقند أو بخارى : لا يجوز ، وإنما يجوز إذا ذكر ^(٦) الولاية نحو خراسان وفرغانة .
والصحيح أن في حنطة البلدة الكبيرة يجوز ، لأنها لا تحتمل الانقطاع

(١) « يحتمل انقطاعه عليه بالآفة » ليست موجودة في ب . وامل المعنى : يحتمل انقطاعه فيه أي في الموضع المعلوم - راجع الكاساني ، ٥ : ٢١١ : ١٠ من أسفل .

(٢) « لأنه يحتمل الانقطاع بالآفة » ليست في ح .

(٣) في ب : « في كر من حنطة » .

(٤) « وذكر ... لا يجوز » ليست في ح .

(٥) « عليه » من ب و ح .

(٦) في ب : « لا يجوز ما لم يذكر الولاية » .

غالباً (١). وما ذكره محمد في الأصل (٢) من حنطة (٣) هراة أراد به اسم (٤) قرية من قرى عراق (٥) دون البلدة المعروفة التي تسمى هراة .

والناسع - أن يكون العقد باتاً ، ليس فيه خيار الشرط ، لهما أو لأحدهما ، حتى لو أسلم عشرة دراهم في كر حنطة على أنه بالخيار ثلاثه أيام ، وقبض المسلم إليه رأس (٦) المال ، وتفرقا بأبدانهما ، يبطل عقد السلم ، لأن البيع بشرط الخيار (٧) ثبت ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، فلا (٨) حاجة إليه في السلم .

ولو أبطلا (٩) الخيار قبل التفرق ، ورأس المال (١٠) قائم في يد المسلم إليه ، ينقلب جائزاً عندنا ، خلافاً لزفر . ولو كان رأس المال هالكاً لا ينقلب إلى الجواز ، بالإجماع .

وخيار الرؤية في رأس المال ، وخيار العيب ، لا يفسد (١١) السلم ، لأنه لا يمنع ثبوت الملك .

والعاسر - بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومثونه ، كالحنطة والشعير

(١) « غالباً » من ح .

(٢) « في الأصل » من ب و ح .

(٣) « حنطة » من ب و ح .

(٤) « اسم » ليست في ح .

(٥) في ب : « فرات » . وفي ح : « الفرات » .

(٦) « رأس » ساقطة من ح .

(٧) في ب : « لأن اشتراط الخيار في البيع » .

(٨) في ب و ح : « ولا » .

(٩) في ح : « أبطل » .

(١٠) في ب : « فرأس المال » .

(١١) « يفسد » ليست في ح .

وغيرهما ، < فإنه > شرط لجواز السلم ، حتى لو ترك لم يجز السلم فى قول أبى حنيفة الآخر ^(١) .

وكذا الخلاف فى الإجارة : إذا آجر داره سنة ، بأجر له حمل ومثونة ، ولم يعين مكانا للإيفاء ، لم تجز الإجارة ، فى قوله الآخر ^(٢) .
وعلى قولهما : جاز .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن مكان العقد : هل يتعين مكانا للإيفاء فيما له حمل ومثونة ؟ مع اتفاقهم على أن مكان الإيفاء إذا كان مجهولا لا يجوز السلم ، لأنه جهالة مفضية إلى المنازعة .

وإذا لم يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء ، عند أبى حنيفة ، ولم يعين مكانا آخر للإيفاء ^(٣) ، صار مكان الإيفاء مجهولا ، فيفسد السلم .
وعندهما : يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء ، فلا يؤدي إلى الجهالة ، فيصح السلم .

و ^(٤) فى الإجارة : عندهما يتعين ، بتعين مكان إيفاء المعقود عليه ، مكان إيفاء الأجرة : فإن ^(٥) كان المستأجر دارا أو أرضا : فتسلم عند الدار

(١) فى ب : « الأخير » .

(٢) فى ب : « فى قول أبى حنيفة الأخير » - وفى ب هنا تكرار .

(٣) « عند أبى حنيفة ... للإيفاء » ليست فى ب .

(٤) الواو ليست فى ب .

(٥) فى ب : « يتعين مكان إيفاء المعقود عليه مكانا لا لإيفاء الإجارة إن » وفى ب : « فى

الإجارة عندهما يتعين مكان إيفاء المعقود عليه مكانا لإيفاء الإجارة إن » .

والأرض ، وإن كانت دابة: فعند المرحلة ، وإن كان ثوبا دفع إلى قصار ونحوه: يدفعه- < ا > فى الموضع الذى يسلم فيه الثوب ^(١) إليه .

وإنما يتعين مكان العقد مكان التسليم عندهما ^(٢) إذا أمكن التسليم فى مكان العقد . فأما إذا لم يمكن ، بأن كان فى البحر أو على رأس الجبل ، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم ، ولكن يسلم فى أقرب الأماكن ، الذى يمكن التسليم فيه ، من ^(٣) مكان العقد .

فأما المسلم فيه إذا كان شيئا ليس ^(٤) له حمل ومثونة ، كالمسك والكافور والجواهر والآلى ^(٥) ونحوها ، فعن أصحابنا روايتان :
فى رواية : يتعين مكان العقد .

وفى رواية : يسلم حيثما لقيه ، ولا ^(٦) يتعين مكان العقد .
ولو شرطا ^(٧) مكانا آخر للإيفاء سوى مكان العقد : < ف > إن كان فيما له حمل ومثونة : يتعين .

وإن كان فيما ليس له حمل ومثونة < ف > فيه روايتان : فى رواية : لا يتعين ، وله أن يوفيه فى أى مكان شاء . وفى رواية : يتعين - وهو الأصح
والخارى عشر - أن يكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف ، وهو أن

(١) « الثوب » من ب و ح .

(٢) « عندهما » من ب و ح .

(٣) « من » من ب و ح .

(٤) « ليس » ليست فى ب .

(٥) « والجواهر والآلى » ليست فى ب .

(٦) فى ح : « فلا » .

(٧) فى ح : « شرط » .

يكون من الأجناس الأربعة : المكيل ، والموزون ، والذرعى ،
والعددى^(١) المتقارب .

فأما إذا كان مما لا يضبط بالوصف ، كالعدييات المتفاوتة والذرعيات
المتفاوتة^(٢) ، مثل الدور والعقار والجواهر^(٣) والآلى ، والأدُم^(٤) ، والجلود
والحشب والروس والآكارع^(٥) ، والرماز والسفرجل والبطاطيخ ونحوها -
لا يجوز ، لأن المسلم فيه ما^(٦) يثبت دينا في الذمة ، وسوى هذه الأجناس
الأربعة لا يثبت^(٧) دينا في الذمة ، في عقود المعاوضات ، إلا إذا كان
شيئا من جنس الجلود والأدُم والحشب والجذوع إذا بين شيئا^(٨) معلوما
من هذه الأشياء^(٩) ، و^(١٠) طولاً معلوما ، وغلظاً^(١١) معلوما ، وأن
تجتمع^(١٢) فيه شرائط السلم والتحقيق بالمتقارب ، يجوز .

(١) في ح : « والذرع والعدد » .

(٢) « المتفاوتة » ليست في ح .

(٣) « والجواهر » ليست في ح .

(٤) جمع أديم وهو الجلد المدبوغ (المصباح) .

(٥) جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب (ابن الهمام فتح القدير ، ٣٣٠ : ٥)

(٦) « ما » من ب و ح . وفي الأصل : « لا » .

(٧) في ب : « ما يثبت » .

(٨) في ب : « ضرباً » .

(٩) « من هذه الأشياء » ليست في ب و ح .

(١٠) الواو من ب و ح .

(١١) في ب : « وعرضا » .

(١٢) كذا في ح . وفي الأصل : « يجمع » . وفي ب : « وأنى يجمع شرائط السلم » .

وكذلك السلم فى الجوالق والمسوح^(١) والفرش^(٢) .
وأما السلم فى الحيوان : < فجائر >^(٣) عند الشافعى إذا بين جنسه ،
ونوعه ، وسنه ، وصفته ، وأنه فى تجارى^(٤) فلان أو إبل فلان أو غنم فلان^(٥) .
وعندنا : لا يجوز كيفما كان .

ويجوز السلم فى الإليات والشحوم ، وزنا ، بلا خلاف .
وأما السلم فى اللحم مع العظم الذى فيه : < ف > لا يجوز ، عند أبى
حنيفة أصلا .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى^(٦) : يجوز إذا بين جنس اللحم بأن
قال : لحم شاة أو بقر ، وبين السن بأن قال : لحم شاة ثنى أو جذعة ، وبين
النوع بأن قال لحم شاة ذكر أو أنثى . خصى أو فحل ، معلوفة أو سائمة ،
وبين صفة اللحم بأن قال : سمين أو مهزول أو وسط ، وبين الموضع بأن قال :
من الكتف أو من الجنب ، وبين المقدار بأن قال : عشرة أمناء .

-
- (١) جمع منسج وهو لباس الرهبان .
(٢) فى ب و ح : « فى الجوالق والمساقى والنرائر » . والمساقى جمع مستقّة وهى فرو طويل
الكمين أو هى الجبة الواسعة (المغرب) .
(٣) فى الأصل : « جاز » . وفى ب و ح : « جائز » .
(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و ح : « تجار » . والتجارى الابل المصابة بالنجس وهو
العطش الشديد يصيب الابل وغيرها فتشرب فلا تكاد تروى (اللسان) .
(٥) قال الفزالى : « ويجوز السلم فى الحيوان ، الأخبار والآثار فيه - فيتمرض للنوع واللون
والذكورة والانثوية والسن فيقول : عبد تركى أسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربع . . . ويقول
فى المير : ثنى أحم من نعم بنى فلان غير مودون أى غير ناقص الحلقة . ويتمرض فى الخيل لاون
والسن والنوع ولا يجب التمرض للشيات كالأغر والاطيم : وهو الذى أحد خديه أبيض »
(الوجيز ١ : ١٥٦) . راجع أيضا : البابرى ، الغناية ٥ : ٣٣٧ - ٣٣٨ وكذا ابن الهمام ، فتح
القدير ، نفس الموضع .
(٦) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وعندهم » .

وأما منزوع العظم : < فقد > اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة :
ذكر الكرخى وقال : يجوز .

وذكر الجصاص وقال : لا يجوز ، لاختلاف السمن والهزال .

وأما السلم فى السمك فقد اضطربت عبارة الروايات ، عن أصحابنا^(١) ،
فى الأصل والنوادر .

والصحيح من المذهب أن السلم يجوز فى السمك الصغير ، كيلاً أو^(٢)
وزناً ، ويستوى فيه المالح والطرى فى حينه . وأما الكبار ففيه روايتان :
عن أبي حنيفة فى ظاهر الرواية . يجوز ، كيفما كان ، وزناً .
وفى رواية أبي يوسف ، فى^(٣) الأمالى ، عنه ، أنه لا يجوز .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز^(٤) ، فى ظاهر الرواية ، كما فى اللحم .
وفى رواية أخرى عنهما : لا يجوز ، بخلاف اللحم .

وأما السلم فى الثياب : < فإذا > إذا بين جنسه ، ونوعه ، وصفته ، ورقعته ،
وذرعه^(٥) : يجوز . استحساناً . والقياس أن لا يجوز .

وهل يشترط بيان الوزن فى الثوب الحرير ؟ اختلف المشايخ فيه :

(١) « عن أصحابنا » من ب و ح .

(٢) فى ب : « و » .

(٣) فى ب : « إن فى الأمالى » .

(٤) « يجوز » من ا و ب و ح .

(٥) « وذرعه » ليست فى ح .

قال بعضهم : < هو > شرط .

وقال بعضهم : ليس بشرط ، لأن الحرير ذرعى ، كالكتان والكرباس^(١) .
وعلى هذا ، السلم فى الأعداد المتقاربة - مثل الجوز والبيض ونحوهما :
جائر ، كيلا ، ووزنا ، وعددا ، فى قول علمائنا الثلاثة .

وقال زفر : يجوز كيلا ووزنا ، ولا يجوز عددا .

وقال الشافعى : يجوز ، كيلا ووزنا ، فى الجوز واللوز ، ولا يجوز عددا .
وفى البيض : يجوز كيلا ، ووزنا ، وعددا .

ولو أسلم فى الفلوس عددا ،^(٢) يجوز فى ظاهر الرواية . وعن محمد
أنه لا يجوز^(٣) ، لأنها من جملة الأثمان .

ولو أسلم فى التبن^(٤) أو قارا^(٥) : لا يجوز ، لتفاوت فاحش بين الوقرين ،
إلا إذا كان فى فيمان^(٦) معلوم من فيامين الناس لم يختلف : فيجوز .

ولو أسلم فى الخبز هل يجوز ؟ لم يذكر محمد فى ظاهر الرواية . وذكر فى
نوادير ابن رستم : على قول أبى حنيفة ومحمد : لا يجوز ، وعلى قول أبى
يوسف : يجوز إذا شرط ضربا معلوما ، ووزنا معلوما ، وأجلا معلوما .

(١) الكرباس هو الثوب الخشن ، وهو فارسى معرب والجمع كرايس (المصباح) . والبارة
فى : « قال بعضهم : يشترط . وقال بعضهم : لا يشترط ... »

(٢) زاد هنا فى ب : « عندنا » .

(٣) « لا يجوز » ساقطة من ح .

(٤) فى ب : « فى التبن » .

(٥) الوقر جنل البغل أو الحمار ويستعمل فى البعير (المصباح) .

(٦) تعريب بيان - ومنه : اشترى كذا فيمانا من صبرة (المغرب) .

وأما استقراض الخبز هل يجوز ؟ على قول أبي حنيفة: لا يجوز، لا وزنا ولا عددا، كالسلم .

وأبو يوسف جوز القرض فيه . وزنا، لا عددا ، كالسلم .
ومحمد لم يجوز السلم فيه، لا^(١) وزنا ولا عددا^(٢) . وجوز استقراضه عددا، لا وزنا^(٣) ، لحاجة الناس^(٤) ، فكأنه ترك القياس في جواز استقراضه عددا، لعرف الناس، وإن لم يكن من ذوات الأمثال .

وأما بيان حكم السلم سرها

فثبتت الملك، لرب السلم، في^(٥) المسلم فيه، مؤجلا - بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال، المعين^(٦) أو الموصوف، معجلا، للمسلم إليه، بطريق الرخصة، دفعا لحاجة الناس، بشرائط مخصوصة لم^(٧) تكن مشروطة في بيع العين^(٨) .
ولا بد أن يختلف البيع والسلم في بعض الأحكام - ونذكر بعض ذلك: منها - أن الاستبدال برأس مال السلم، قبل القبض، لا يجوز، والاستبدال بالثمن جائز إذا كان دينا ، لأن قبض رأس المال شرط وبالاستبدال يفوت القبض حقيقة ، وإن وجد من حيث المعنى ، كما لا يجوز الاستبدال

(١) « لا » من ب .

(٢) راجع في الصفحة السابقة قوله : « لم يذكر محمد في ظاهر الرواية » .

(٣) في ح : « عدد ووزنا » .

(٤) « حاجة الناس » من ب .

(٥) في ح : « و » بدلا من : « في » .

(٦) في ح : « المعنى » .

(٧) في ب : « ولم » .

(٨) في ح : « المعين » .

ببدل الصرف ، لأن قبضها شرط حقيقة - فأما قبض الثمن فليس ^(١) بشرط ^(٢) ، والبديل يقوم مقامه معنى .

وأما الاستبدال بالمسلم فيه : فلا ^(٣) يجوز ، قبل القبض ، كالأستبدال بالمبيع المعين ^(٤) ، لأن المسلم فيه مبيع وإن كان ديناً ، فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض ، وإنه لا يجوز ، بخلاف سائر الديون .

وأما الاستبدال برأس المال ^(٥) ، بعد الإقالة أو بعد انقضاء السلم ، بأي طريق كان : < ف > لا يجوز في قول علمائنا الثلاثة ^(٦) استحساناً ، والقياس أن يجوز ، وهو قول زفر ، سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً .

وأجمعوا على أن الاستبدال ببديل الصرف ، بعد الإقالة ، قبل القبض : جائز .

وأجمعوا أن قبض رأس المال ، بعد الإقالة ، في باب السلم ، في مجلس الإقالة ، ليس بشرط ، لصحة الإقالة - وفي الصرف شرط لصحة الإقالة .

وأجمعوا على أن السلم إذا كان فاسداً ، في الأصل ، فلا بأس بالاستبدال فيه ، قبل القبض ، ولا يكون له حكم السلم ، كسائر الديون .

ومنها - أن رب السلم لو أخذ بمض رأس المال وبعض المسلم فيه ، بعد

(١) الفاء من ب .

(٢) في ب : « ليس بشرط وإنما للشرط [الشرط] سلامة الثمن » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « العين » .

(٥) في ب : « برأس مال السلم » .

(٦) « الثلاثة » من ب .

محل الأجل أو قبله ، برضا صاحبه ، فإنه يجوز ، ويكون إقالة السلم^(١) فيما أخذ من رأس المال ، ويبقى السلم في الباقي - وهو قول عامة العلماء .
وقال مالك وابن أبي ليلى : ليس له ذلك : < فهو > إما أن يأخذ جميع رأس المال . أو^(٢) يأخذ جميع المسلم فيه .

وفي بيع العين : إذا أقال في البعض دون البعض - جاز ، بالإجماع .
وأجمعوا أنه لو أخذ جميع رأس المال^(٣) ، برضا صاحبه ، أو أقال^(٤) جميع السلم ، أو تصالحا على رأس المال ؛ فإنه يكون إقالة صحيحة ، وينفسخ السلم .
ولو أخذ بعض رأس المال ، قبل محل الأجل ، ليعجل باقي السلم ، فإنه لا يجوز - كذا ذكر في الكتاب - و^(٥) معناه أنه لا يجوز هذا الشرط ، وتصح الإقالة ، لأنه يصير في معنى الاعتياض عن الأجل ، فيكون شرطا فاسدا ، إلا أن^(٦) الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة - وهذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد .

فأما على قياس قول أبي يوسف : < ف > تبطل الإقالة ، والسلم كله^(٧) باق ، إلى أجله ، لأن عنده الإقالة بيع جديد ، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة .

(١) هكذا في ب . وفي - : « للسلم » . وفي الأصل : « السلم » .

(٢) في - : « و » .

(٣) في - : « جميع المال » .

(٤) في ب و - : « قال » .

(٥) الواو من ب و - .

(٦) في - : « لأن » بدلا من : « إلا أن » .

(٧) في - : « كأنه » .

ومنها - أن المسلم إليه إذا أبرأ رب السلم عن رأس المال، لا يصح، بدون قبول رب السلم . وإذا قبل^(١) : يصح الإبراء، ويبطل السلم ، لأنه فات قبض رأس المال، لأنه لا يتصور قبضه بعد صحة الإبراء . ولو رده أو لم يقبله ، بقى عقد السلم صحيحا ، فله^(٢) أن يسلم رأس المال قبل الافتراق، حتى لا يفسد .

ولو أبرأ عن ثمن المبيع ، صح ، من غير قبول - إلا أنه يرتد بالرد . والفرق هو^(٣) أن قبض رأس المال، فى المجلس، شرط صحة عقد السلم، <ف> لو صح الإبراء، من غير قبول الآخر، لا يفسخ^(٤) السلم من غير رضا صاحبه ، وهذا لا يجوز^(٥) - بخلاف الثمن ، لأن قبضه ليس بشرط . ولو أبرأ عن المسلم فيه ، جاز ، لأن قبضه ليس بشرط ، والإبراء عن دين ، لا يجب قبضه شرعا ، إسقاط^(٦) لحقه لا غير ، فيملك ذلك . ولو أبرأ عن المبيع^(٧) ، لا يصح ، لأن الإبراء ، عن الأعيان ، لا يصح .

(١) زاد هنا فى ح : « فى الأصل » .

(٢) فى ب : « فاته » .

(٣) فى الأصل : « والفرق وهو أن » . وفى ب و ح : « والفرق أن » .

(٤) فى ح : « لا يفسخ » . وفى ب : « يفسد » .

(٥) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « ... لا يجوز وكذلك إذا قبل لأنه

أو صح بطل السلم ، لأن قبض رأس المال شرط صحته حقا للشرع بخلاف ... » والعبارة

الزائدة غير مفهومة ولعل الصحيح أن يقال : « لا يجوز وإذا قبل صح وبطل السلم ، لأن قبض رأس المال شرط صحته ، حقا للشرع ، بخلاف ... » راجع الكاسانى (٥ : ٢٠٣ : ٧ وما بعده) .

(٦) هكذا فى ح . وفى الأصل و ب : « إسقاطا » .

(٧) فى ب : « مبيع العين » .

وضمها - أن الحوالة برأس مال السلم ، والكفالة به ، والرهن به ،
وبالمسلم فيه أيضا - جائز ، عندنا .

وعند زفر^(١) : يجوز بالمسلم فيه ، ولا يجوز برأس المال .

وعن الحسن البصري^(٢) أنه لا يجوز ذلك كله : لا برأس المال ،
ولا بالمسلم فيه .

وعلى هذا الخلاف : الحوالة ، والكفالة ، والرهن بأحد بدلى الصرف .
ثم متى جاز ذلك^(٣) عندنا ، يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من
الحويل والكفيل أو من رب السلم ، أو يهلك الرهن قبل أن يتفرقا عن
المجلس ، وقيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر ، حتى يحصل الافتراق عن
قبض رأس المال ، فيجوز ، ولا يبطل العقد .

وأما إذا تفرق رب السلم والمسلم إليه ، قبل القبض ، يبطل السلم ، وإن
بقي الحويل والكفيل مع رب السلم .

ولو ذهب^(٤) الحويل والكفيل ، وبقي المسلم إليه مع رب السلم ،
لا يبطل السلم ؛ والمعبرة ببقاء العاقلين وافتراقهما .

وكذلك^(٥) في باب الصرف : المعبرة ببقاء العاقلين .

(١) في ح : « وعنده » .

(٢) تقدمت ترجمته في ح ١ ، ص ١١ ، هامش ٨ .

(٣) « ذلك » ليست في ب .

(٤) في ب : « وهب » .

(٥) في ب : « ولذلك » . وفي ح : « وكذا » .

وكذلك في الرهن: إذا لم يهلك حتى تفرقا، يبطل السلم، لانعدام قبض رأس المال .

هذا في جانب رأس المال .

فأما في جانب المسلم فيه ، فالحيل يبرأ^(١) بنفس عقد الحوالة ، و < ي > بقى تسليم المسلم فيه واجبا على المحتال عليه إذا حل الأجل ، فإذا حل الأجل يطالب رب السلم المحتال ، عليه ولا سبيل له على الحيل . وفي الكفالة رب السلم بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، وله أن يحبس الرهن حتى يأخذ المسلم فيه .

ومنها - أن المسلم إليه إذا قال بعد قبض رأس المال إنه زيوف أو نهرجة^(٢) أو مستحق أو ستوقة أو معيب^(٣) ، فلا يخلو : إما إن صدقه رب السلم أو كذبه :

أما إذا صدقه - فله حق^(٤) الرد . ثم^(٥) لا يخلو : إما إن كان رأس المال عينا أو دينا :

فإن كان عينا - فاستحق في المجلس أو رد بالعيب^(٦) بعد الافتراق ، ولم يحز المستحق ، ولم يرض المسلم إليه بالعيب - فإنه^(٧) يبطل السلم ، لأن

(١) في ب : « برى » وفي ح : « فالحيل به يبرأ » .

(٢) « أو نهرجة » من ح .

(٣) « أو معيب » ليست في ب .

(٤) « حق » ليست في ب . وستأتي حالة ما إذا كذبه في ص ٢٨ .

(٥) « ثم » ليست في ح .

(٦) في ح وب : « أو بعد » .

(٧) « فإنه » من ح وب .

العقد وقع على العين :

فإذا لم يجز^(١) : فقد فات البذل^(٢) ، فصار كما لو ملك المبيع قبل القبض .
ولو أجاز المستحق أو رضى المسلم إليه بالعيب ، جاز ، لأنه سلم له
البذل من الأصل .

فأما إذا كان رأس المال ديناً - فقبضه ، ثم وجده ستوفة أو رصاصاً أو
مستحقاً أو زيوفاً أو نهرجة - فلا يخلو : إما إن وجد ذلك في مجلس السلم
أو بعد الافتراق ، ولا يخلو إما إن تجوز^(٣) بذلك المسلم إليه أو لم تجوز .
أما إذا وجد ستوفة أو رصاصاً في المجلس ، فتجوز به^(٤) : فلا يجوز ، لأن
هذا ليس من جنس حقه ، فيكون استبدالاً برأس المال قبل القبض ،
فصار^(٥) كما لو استبدل ثوباً من رب السلم مكان الدرهم .

فأما إذا رده وقبض شيئاً آخر مكانه^(٦) ، جاز ، لأنه لما رده و^(٧) انتقض
قبضه ، جعل كأن لم يكن ، وأخر^(٨) القبض إلى آخر المجلس ، فإن ذلك
جائز - كذلك هذا .

(١) « فإذا لم يجز » ليست في ب . والظاهر أن المقصود ليس حالة عدم إجازة المستحق
فقط بل أيضاً حالة ما إذا رد المسلم إليه بالعيب ، وإذن فأكمل وأوضح أن يقال : « فإذا لم
يجز المستحق أو رد المسلم إليه بالعيب » - انظر الكاساني ، ٥ : ٢٠٤ : ٢٤ - ٢٦ .

(٢) في ح : « بدل العين » .

(٣) تجوز في أخذ الدراهم إذا روجها ولم ردها ، وتجويز الصراف الدراهم أن يجعلها
جائزة رائجة (المغرب) .

(٤) « به » من ب و ح .

(٥) « فصار » من ب و ح .

(٦) « مكانه » ليست في ب .

(٧) الواو من ب و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « واجب » . وفي ح : « فأخر للقبض » . انظر الكاساني ،

وأما إذا وجد ذلك مستحقا ، فإن صحة القبض موقوفة على إجازة المستحق : إن أجاز جاز ، وإن لم يجز بطل .

وأما إذا وجد زيو فأو نهر جة : < ف > إن تجوز به < لا > ^(١) جاز ، لأنها من جنس حقه ، فيصير مستوفيا مع النقصان .

وإن رده واستبدل مكانه ^(٢) في مجلس العقد ، جاز ^(٣) ، لأنه وجد مثله في المجلس ، فكان ^(٤) القبض متأخرا .

هذا الذي ذكرنا إذا كان ذلك في مجلس السلم - فأما إذا كان بعد تفرقهما ^(٥) :

فإن وجد شيئا من رأس المال ستوقة أو رصاصا ، بطل السلم بقدره ، قل أو كثر ، كيفما كان ، لأنها ليست من جنس حق المسلم إليه ، فظهر أن الافتراق حصل من غير قبض رأس المال ، بقدر الستوقة ، فيبطل بقدره ولا ^(٦) يعود جائزا بالقبض بعد المجلس ، كما لو لم يقبض أصلا ثم قبض بعد الافتراق .

وإن وجد ذلك مستحقا : إن أجاز المستحق ، جاز ، لأن القبض موقوف على إجازته ، إذا كان رأس المال قائما - نص على ذلك في الجامع الكبير . وإن رد ، بطل السلم بقدره ، لما ذكرنا أن القبض موقوف .

(١) في الأصل : « تجوزت به » . وفي ح : « تجوز به » . وفي ب : « تروج به » .

(٢) زاد هنا في ب : « من جنسه » .

(٣) « جاز » من ب و ح . وفي الأصل كلمة غير واضحة ولعلها : « فيجوز » .

(٤) الفا . من ح . وفي ب : « كان القبض صار متأخرا » .

(٥) في الأصل : « تفرقها » . وفي ب : « فأما إذا تفرقا » . وفي ح : « وأما إذا افترقا » .

(٦) في ب : « فلا » .

وأما إذا وجد ذلك زيوفاً أو نهرجة : إن تجاوز به جاز ؛ وإن لم يتجاوز به ورده^(١) : أجمعوا على أنه إن لم يستبدل في مجلس الرد ، بطل السلم بقدر ما رد . فأما إذا استبدل مكانه جياذا في مجلس الرد : <ف> القياس أن يبطل السلم بقدره ، قل المردود أو أكثر - وبه أخذ زفر .

وفي الاستحسان : لا^(٢) يبطل ، قل أو أكثر - وهو قول أبي يوسف ومحمد . وأبو حنيفة أخذ في الكثير^(٣) بالقياس ، وفي القليل بالاستحسان .

وكذلك على هذا الخلاف : أحد المتصارفين إذا وجد شيئاً مما قبض زيوفاً ورده بعد المجلس .

ثم اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أن ما زاد على النصف كثير ، وما دونه فهو قليل .

وأما في النصف فذكر في « الأصل » وجعله في حكم القليل في موضع ، وحكم الكثير في موضع .

وروى في النوادر أنه^(٤) قدره بالثلث فصاعداً - و^(٥) هو الأصح .

هذا الذي ذكرنا حكم رأس المال - فأما حكم المسلم فيه : إذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيباً ، بعدما قبضه - فإن له خيار العيب :

(١) الهاء من ب و ح .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « أن لا يبطل » .

(٣) « في الكثير » ليست في ح .

(٤) « أنه » من ب و ح .

(٥) في ح : « أو » .

إن شاء تجوز به ، وإن شاء رده ، ويأخذ منه السلم^(١) غير معيب ، لأن حقه في السلم دون المعيب .

إلا أن خيار الشرط والرؤية لا يثبت في السلم ، على ما ذكرنا في جانب رأس المال .

هذا إذا صدقه رب السلم^(٢) - فأما إذا كذبه وانكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطاه ، وادعى المسلم إليه أنها من دراهمه - فهذا لا يخلو^(٣) من ستة أوجه :

إما إن كان المسلم إليه أقر ذلك ، قبل ذلك^(٤) ، فقال^(٥) « قبضت الجياد ، أو « قبضت حقي ، أو « قبضت رأس المال ، أو « استوفيت الدراهم ، أو « قبضت الدراهم ، أو قال « قبضت ، ولم يقل شيئاً آخر . ففى الفصول^(٦) الأربعة < الأولى > : لا تسمع دعواه ، بعد ذلك ، أتى وجدته زيوفاً ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله إنها^(٧) ليست من

(١) فى ب : « منه سليماً » .

(٢) فى ب و - : « على ما ذكرنا - ثم ما ذكرنا فى جانب رأس المال إذا صدقه رب السلم » . انظر فيما تقدم حالة ما إذا صدقه ص ٢٤ .

(٣) فى - : « من دراهمه فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم يدعى أنها حقه وهو الجياد والمسلم إليه يشكر فيكون القول قوله ولكن فحلف رب السلم بالله أنها ليست من دراهمه إلا إذا قام رب السلم البينة على إقرار المسلم إليه غائباً قضت دعواه فيبطل قوله ولم يكن حق الحالف فهذا لا يخلو . . . »

(٤) فى ب و - : « أقر قبل ذلك » .

(٥) فى ب : « بأن قال » .

(٦) هكذا فى ب و - . وفى الأصل : « ففى هذه الفصول » .

(٧) « لأنها » من ب و - .

دراهمك التي قبضتها منك^(١)، لأنه، بإقراره بقبض الجياد، يصير مناقضا في دعواه، لأنه أقر بقبض الجياد، ثم قال «لم أقبض الجياد بل هي زيوف»، والمناقضة^(٢) تمنع صحة الدعوى، والحلف بناء على الدعوى الصحيحة.

وأما إذا قال المسلم إليه «قبضت الدراهم»، ثم قال «هي زيوف» :
 <ف> القياس أن يكون القول قول رب السلم: أنها ليست من دراهمه مع يمينه على ذلك^(٣) وعلى المسلم إليه اليقينة أنها من الدراهم التي قبضها منه، لأن المسلم إليه يدعى أنها مقبوضة مع العيب، ورب السلم ينكر أنها مقبوضة، <أو أنها> التي قبضها^(٤) منه، ويكون القول قول المنكر مع يمينه.

وفي الاستحسان: القول^(٥) قول المسلم إليه مع يمينه، وعلى رب السلم اليقينة أنه أعطاه الجياد، لأن رب السلم بإنكاره أنها ليست من دراهمه يدعى^(٦) إيفاء حقه، وهو الجياد، والمسلم إليه بدعواه أن هذه الدراهم^(٧)

(١) «منك» ليست في ب و ح .

(٢) العبارة في ب كما يأتي : «لأنه أقر بقبض الجياد ثم قال لم أقبض الجياد بل هي زيوف، لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير مناقضا لدعواه والمناقضة . . . » وفي ح كما يأتي : « . . . من دراهمك التي قبضتها لأنه أقر بقبض الجياد <ف> يصير مناقضا في دعواه لأنه أقر بقبض الجياد ثم قال لم أقبض الجياد بل هي زيوف، والمناقضة . . . » .

(٣) «على ذلك» ليست في ب .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل : «قبضتها» .

(٥) «قول المنكر مع يمينه وفي الاستحسان القول» ساقطة من ح .

(٦) في ح : «ويدعى» .

(٧) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : «هذا الدرهم» .

«قبضتها منك وأنها زيوفا»، ينكر^(١) قبض حقه ، فيكون القول قوله مع
يمينه أنه لم يقبض حقه ، وعلى المدعى البينة أنه أوفاه حقه .

وهذا هو القياس في^(٢) الفصول الآخر^(٣) إلا أن ثمة سَبَقَ منه^(٤)
ما يناقض دعواه، وهو الإقرار بالجياد، وههنا لم يسبق، لأن ذكر قبض^(٥)
الدراهم يقع على الزيوف والجياد جميعا، بخلاف الفصول الأول .

وأما إذا قال « قبضت » لا غير ، ثم قال « وجدته زيوفا » يكون
القول قوله، كما^(٦) قلنا في الفصل الأول، إلا أن ههنا إذا قال « وجدته
ستوقة أو رصاصا » فإنه يصدق ، بخلاف ما إذا قال « قبضت الدراهم »
ثم قال « وجدتها ستوقة أو رصاصا » فإنه لا يقبل قوله ، لأن في قوله
« قبضت » إقرارا^(٧) بمطلق القبض، والستوقة تقبض^(٨)، فيقوله^(٩) « ما قبضته
ستوقة » لا يكون مناقضا ، وفي قوله « قبضت الدراهم » يصير مناقضا
لقوله « قبضت الستوقة والرصاص » لأنه خلاف جنس الدراهم^(١٠) .

(١) في ح : « منكر » . وفي ب : « فينكر » .

(٢) في ب و ح : « وهكذا في » .

(٣) في ح : « في الفصل الآخر » . أي الفصول الأربعة الأولى .

(٤) « منه » ليست في ب .

(٥) في ب و ح : « لأن قوله : قبضت » .

(٦) في ب و ح : « لا » .

(٧) في ح : « أقر » .

(٨) في ب : « يقبضه » .

(٩) « فيقوله » من ب و ح . وفي الأصل : « فيقول » .

(١٠) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب » .

باب

الربا

الربا^(١) نوعان : ربا الفضل وربا النساء

فالأول - هو فضل عين مال على الميعار الشرعى، وهو الكيل والوزن، عند اتحاد الجنس .

والثانى - هو فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين^(٢) على الدين، فى المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس، أو فى غير المكيلين وغير الموزونين < عند اتحاد الجنس >^(٣) .

وعلة ربا الفضل هى القدر المتفق ، مع الجنس - أعنى الكيل فى المكيلات ، والوزن فى الأثمان والمثمنات .

وعلة ربا النساء هى وجود أحد وصفى علة ربا الفضل، وهى الكيل فى المكيلات^(٤) أو الوزن المتفق، أعنى أن يكونا ثمنين أو مثمنين، لأن

(١) من ربا المال أى زاد وينسب إلى الربا فيقال ربهوى بكسر الراء والفتح خطأ فيقال الاشياء الربوية (المغرب) - والربا « فى الاصطلاح هو الفضل الحالى عن عوض المشروط فى البيع » (البارقى ، العناية ، ٥ : ٢٧٤) .

(٢) « العين » ساقطة من - .

(٣) فى ب : « فى الجنس غير المكيلين أو الموزونين » . وفى الأصل و ح : « فى الجنسين غير المكيلين وغير الموزونين » . وفى الكاسانى (١٨٣ : ١٨ :) : « أو فى غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس » .

(٤) فى ب : « فى المكيلات والوزن فى الأثمان أو الوزن ... » .

وزن الثمن يخالف وزن الثمن^(١) .

. . .

وهذا عندنا - وعند الشافعى : ربا الفضل هو الفضل المطلق من حيث الذات ، أو^(٢) حرمة بيع^(٣) الم مطعموم بجنسه . ثم التساوى ، فى المعيار الشرعى مع اليد ، مخلص عن هذه الحرمة ، بطريق الرخصة . وربا النساء هو فضل الحلول^(٤) فى المطعمومات والأثمان . وعلة ربا الفضل هى الطعم فى المطعمومات ، والتمنية فى الأثمان المطلقة ، وهى الذهب والفضة^(٥) ، والجنس شرط . وعلة ربا النساء هى علة ربا الفضل ، دون الجنس ، وهى الطعم أو التمنية .

ودلائل هذه الجملة تعرف فى الخلافات .

. . .

وفائدة الخلاف فى ربا الفضل تظهر فى فصلين :

أحدهما - فى بيع مطعموم بجنسه غير مقدر ، كبيع الحفنة بالحفتين

(١) فى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ٢٥) : «قال أصحابنا : علة ربا الفضل فى الأشياء الأربعة المتوصوف عليها [وهى الحنطة والشعير والتمر والملح] الكيل مع الجنس ، وفى الذهب والفضة الوزن مع الجنس ، فلا تتحقق العلة إلا باجتماع الوصفين ، وهما القدر والجنس - وعلة ربا النساء هى أحد وصفى علة ربا الفضل : إما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس » .

(٢) فى ح : « و » .

(٣) « بيع » من ب و ح .

(٤) « فضل الحلول » من ب و ح . وكذا فى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ١٨ - ١٩) . وفى

الأصل : « فضل الحلو » .

(٥) « والفضة » ساقطة من ح .

والسفرجلة بالسفرجلتين، والبطيخة بالبطيختين^(١)، ونحوها^(٢) - يجوز
عندنا لعدم القدر ، ولا يجوز عنده لوجود العلة وهى الطعم .

والثانى - فى بيع مقدر بمقدر غير مطعوم ، كبيع قفيز حص بقفيز
حص،^(٣) أو مَنْ^(٤) من حديد بمنوى حديد ، ونحوها^(٥) ، لا يجوز عندنا
فى الحص ، لوجود علة ربا الفضل، وهى^(٦) الكيل والجنس . وعنده
يجوز^(٧) ، لعدم العلة وهى الطعم . وفى الحديد لا يجوز عندنا لوجود الوزن
والجنس ، وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم .

وأجمعوا أنه لو باع قفيز أرز بقفيز أرز^(٨) ، لا يجوز ، لوجود
الكيل والجنس عندنا ، ولوجود الجنس والطعم عنده .

وأجمعوا أنه إذا باع مَنْ زعفران بمنوى زعفران ، أو مَنْ سكر
بمنوى سكر ، لا يجوز ، لوجود الوزن والجنس عندنا ، ولوجود الطعم
والجنس عنده .

. . .

(١) « والبطيخة بالبطيختين » ليست فى ب و ح .

(٢) فى ب و ح : « ونحوها » .

(٣) « بقفيزى حص » ساقطة من ح .

(٤) « المَنْ الذى يكال به السمن وغيره . وقيل : الذى يوزن به رطلان . والتثنية منوان ،
والجمع أمناه . وفى لغة نعيم مَنْ بالتشديد والجمع أمانان والتثنية منان (المصباح) .

(٥) فى ب و ح : « ونحوها » .

(٦) هكذا فى ب . وفى الاصل و ح : « وهو » .

(٧) « يجوز » ساقطة من ح .

(٨) « بقفيزى أرز » من ب و ح . وفى الاصل : « بقفيزين » .

وأما فروع ربا النساء وفائدة الخلاف بيننا وبين الشافعى أنه إذا باع قفيز حنطة بقفيزى ^(١) شعير نسيئة مؤجلة ^(٢)، أو دينا موصوفا فى الذمة غير مؤجل، لا يجوز بالاجماع، لوجود علة ربا النساء، وهى ^(٣) أحد وصفى علة ربا الفضل، وهى ^(٤) الكيل عندنا، والطعم عنده.

وإذا باع قفيز حص بقفيزى نورة ^(٥)، مؤجلا، بأن أسلم، أو غير مؤجل، بأن باع دينا فى الذمة، لا يجوز عندنا لوجود الكيل، وعنده يجوز لعدم الطعم.

ولو أسلم مَنْ حديد فى مَنَى حديد، لا يجوز عندنا، لوجود ^(٦) الوزن المتفق، لكونهما ^(٧) موزونين ^(٨) - وعنده يجوز، لعدم الطعم والتمنية.

ولو باع مَنْ سكر بمن زعفران، دينا فى الذمة ^(٩) - لا يجوز، بالاجماع، لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل، وهو الوزن المتفق عندنا، لاشتمالهما مثنان، ولوجود الطعم عنده.

ولو أسلم دراهم فى زعفران أو فى قطن أو حديد، فإنه يجوز

(١) فى ب و ح: «بقفيز».

(٢) فى ب و ح: «مؤجلا».

(٣) و(٤) هكذا فى ب. وفى الأصل و ح: «وهو».

(٥) فى ح: «بقفيزى النورة». وفى ب: «بقفيزى جس أو نورة».

(٦) «الكيل وعنده يجوز لعدم الطعم... عندنا لوجود ساقطة من ب».

(٧) فى ب: «لكونها».

(٨) فى ب و ح: «مثنين».

(٩) «دينا فى الذمة» ليست فى ب. وفى ح: «دينا» فقط.

بالإجماع : أما عندنا فلا^(١) لم يوجد الوزن المتفق ، فإن الدراهم توزن بالمثاقيل ، والقطن والحديد والزعفران يوزن بالقبان .

ولو أسلم نقرة فضة في نقرة ذهب^(٢) لا يجوز ، بالإجماع ، لوجود الوزن المتفق عندنا ، فإنهما يوزنان بالمثاقيل ، وعنده لوجود الثمنية .

ولو أسلم الخنطة في الزيت^(٣) ، جاز عندنا ، لأن^(٤) أحدهما مكيل والآخر موزون ، فكانا مختلفين^(٥) قدرا ، وعلى قوله : لا يجوز ، لوجود الطعم .

• • •

فأما تفسير الجنس بانفراده :

إذا أسلم ثوبا هَرَوِيَا^(٦) في ثوب هَرَوِيٍّ ، لا يجوز عندنا ، لأن الجنس أحد وصفى علة ربا الفضل ، فيحرم النساء - وعند الشافعي يجوز ، لأن الجنس عنده شرط .

ولو أسلم ثوبا هَرَوِيَا في ثوب مَرَوِيٍّ^(٧) - جاز ، بالإجماع ، لأنه لم يوجد الجنس ، ولا الوزن^(٨) المتفق ، ولا الطعم ، ولا^(٩) الثمنية .

ولو أسلم جوزة في جوزة^(١٠) أو سفرجلة في سفرجلة^(١١) ، لا يجوز ،

(١) في ب و ح : « نقرة ذهب في نقرة فضة » .

(٢) في ب : « في الزيت » .

(٣) في ب و ح : « فإن » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « مختلفي » .

(٥) و(٦) ثوب هَرَوِيٍّ بالتحريك ومَرَوِيٍّ بالسكون منسوب الى هراة ومرو - وهما

قريتان معروفتان بخراسان . وقبل : على شط القرات (المغرب) .

(٧) في ب و ح : « القدر » .

(٨) « لا » من ب و ح .

(٩) في ح : « في مجزتين » . (١٠) في ح : « في سفرجلتين » .

بالاجماع ، لوجود الجنس عندنا ، ولوجود الطعم عنده .
ثم فرق بين المكيل والموزون وبين الثوب والثوب^(١) من وجه ،
وهو أن ربا النساء لا يتحقق في الثوب إلا بطريق السلم ، لأن الثياب
لا تثبت ديناً في الذمة إلا سلهما ، فأما في المكيل والموزون < ف >
يتحقق ربا النساء مؤجلاً وحالاً ديناً موصوفاً في الذمة^(٢) - يانه :
لو أسلم ثوباً هروياً في ثوب هروى ، لا يجوز ، لأنه مؤجل .
ولو باع ثوباً هروياً بثوب^(٣) هروى موصوف في الذمة ، حالاً ،
لا يجوز^(٤) ، لأنه لا يجوز أن يكون ثمننا إلا^(٥) باعتبار ربا النساء .
ولو باع قفيز حنطة بعينها ،^(٦) بقفيزى ،^(٧) شمير موصوف في الذمة
ديناً^(٨) غير مؤجل ، لا يجوز ، لأن العين خير من الدين وإن كان حالاً^(٩) .

-
- (١) « والثوب » من ب .
 - (٢) هنا تكرار في ب .
 - (٣) في ح : « بثوبين » .
 - (٤) « لا » ساقطة من ح .
 - (٥) كذا في ح . وفي الأصل وب : « لا باعتبار » .
 - (٦) « بعينها » ليست في ح .
 - (٧) في ب و ح : « بقفيز » .
 - (٨) « ديناً » ليست في ح .
 - (٩) أضاف في ب هنا : « يجوز - والله تعالى أعلم » .

باب الشراء والبيع

يحتاج ^(١) في هذا الباب إلى :

بيان ركن البيع والشراء ،

وبيان شروطه ^(٢) ،

وبيان أقسامه ،

وبيان حكمه شرعاً .

أما بيان الركن

فهو الايجاب من البائع ، والقبول من المشتري . إلا أن ذلك قد ^(٣)
يكون بلفظين ، وقد لا يتحقق إلا بثلاثة ألفاظ .

أما ما يتحقق بلفظين : < ف > قد يكون بدون النية ، وقد يكون
مع النية .

أما من غير النية ، < ف > بأن يكون اللفظان بصيغة الماضي ، نحو
أن يقول البائع « بعت منك هذا العبد بكذا » فقال المشتري « ابتعت » أو
« اشتريت » أو ما يؤدي معناه كقوله « أخذت » و « قبلت » و « رضيت »
و « فعلت » ونحو ذلك - لأن هذا في عرف أهل اللغة والشرع مستعمل

(١) في الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) كذا في ب و هـ . وفي الأصل : « شرطه » . انظر فيها بعد ص ٤٤ .

(٣) « قد » من ب و هـ .

لا يجاب الملك للحال بموض ، وإن كان بصيغة الماضي .
وكذلك إذا بدأ المشتري فقال « اشتريت منك هذا العبد بكذا »
فقال البائع « بعته منك » أو « أعطيته » أو « بذلته » أو « رضيت »
أو « هولك » .

وأما الذى لا ينعقد بدون النية <ف> أن يخبر عن نفسه فى المستقبل
بلفظة الاستقبال ^(١) - وهو أن يقول البائع « أبيع منك هذا العبد بألف »
أو « أبذله » أو « أعطيكه » ^(٢) ، فقال المشتري « أشتريه » ^(٣) بذلك ، أو
« آخذه » ونويا الإيجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضى والآخر
بلفظ المستقبل ، مع نية ^(٤) الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد البيع ^(٥) ، لأن
صيغة ^(٦) الاستقبال تحتل الحال ، فصحت النية ^(٧) .

وإن كان أحدهما بلفظ الاستفهام ، بأن قال « أبيع ^(٨) منى هذا الشئ ؟ »

(١) « بلفظة الاستقبال » من ب .

(٢) « أعطيكه » من ب و ح . وفى الأصل : « أعطاه » .

(٣) فى ب : « اشتريت » . وفى ح : « اشتريته » .

(٤) « نية » ليست فى ح .

(٥) « البيع » من ب و ح .

(٦) « صيغة » من ب . وفى الأصل و ح : « صفة » .

(٧) فى الكسانى (٥ : ١٣٣ : ١٩) : « الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى وقد يكون بصيغة الحال ... وأما صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشتري « أبيع منك هذا الشئ بكذا » ونوى الإيجاب ، فقال المشتري « اشتريت » أو قال المشتري « اشتري منك هذا الشئ بكذا » ونوى الإيجاب ، وقال البائع « أبيعك منك بكذا » وقال المشتري « اشتريت » ونويا الإيجاب - يتم الركن وينعقد ، وانما اعتبرنا النية هنا ، ولأن كانت صيغة « أفعل » للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا ، فوقمت الحاجة لى التبيين بالنية » .

(٨) فى ح : « ابتع » .

فقال « بعت ، ونوى ^(١) ، لا ينعقد البيع ، لأن ^(٢) لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال إذا أمكن العمل بحقيقة الاستفهام .

فأما إذا كان بلفظين يعبر بهما ^(٣) عن المستقبل ، إما على سبيل الأمر ^(٤) ، أو الخبر ، أو بأحدهما ، من غير نية الحال ^(٥) ، فإنه لا ينعقد البيع عندنا ، وذلك أن يقول البائع « اشتر مني هذا العبد بألف درهم ^(٦) » ، فقال المشتري ^(٧) « اشتريت » ، أو قال المشتري « بع مني هذا العبد » ، فقال « بعت » ، أو قال البائع « أبيع هذا العبد منك بألف درهم » ، فقال المشتري « اشتريت » ^(٨) .

وفي باب النكاح إذا كان أحد اللفظين يعبر به عن الأمر أو الخبر في المستقبل ، بأن قال « زوجيني نفسك بألف درهم » ، فقالت « زوجت » ^(٩) ، أو قال الزوج « أتزوجك على ألف درهم » ، فقالت « زوجت نفسي منك بذلك » ، ينعقد النكاح .

وقال الشافعي : البيع والنكاح سواء : ينعقدان بلفظين يعبر بأحدهما

(١) في « كذا » : « وبدا » .

(٢) في « - » : « فإن » .

(٣) في ب : « بأحدهما » .

(٤) في « كذا » : « الإبراء » .

(٥) « إما على سبيل ... من غير نية الحال » ليست في ب .

(٦) « درهم » من ب .

(٧) « المشتري » من ب .

(٨) « أو قال المشتري ... اشتريت » ليست في ب .

(٩) في ب : « زوجني فقال الولي زوجت » بدل « زوجيني نفسك ... زوجت » .

عن الماضي^(١)، والآخر عن الحال من غير نية .

فأما إذا كان أحد اللفظين بطريق الاستفهام ، فإنه لا ينعقد النكاح ، والبيع ، بالاجماع .

والصحيح مذهبنا ، فإن البيع في العرف غالبا لا يكون بناء على مقدمات ، ولفظ^(٢) المستقبل للعمدة ، في الأصل ، ولفظ^(٣) الأمر للمساومة ، فيحمل على حقيقته إلا بدليل . ولم يوجد ؛ بخلاف النكاح : فإنه بناء على مقدمة الخطبة ، فلا يحمل على المساومة بدلالة العادة .

وأما إذا وجد ثلاثة ألفاظ : بأن قال المشتري « بع عبدك هذا »^(٤) مني بألف درهم^(٥) ، فقال البائع « بعت »^(٦) ، فقال المشتري « اشتريت » ، فإنه ينعقد بالاجماع^(٧) .

فأما إذا تابعا^(٨) وهما يمشیان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين : فإن كان الإيجاب والقبول متصلين وخرج الكلامان من غير فصل بينهما : فإنه يصح البيع ؛ فأما إذا كان بينهما فصل وسكوت ، وإن قل ، فإنه

(١) في ب : « المستقبل » - قال الشيرازي (المذهب ١٠ : ٢٥٥) : « فإن قال المشتري بعتي » فقال البائع « بعتك » ، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول .

(٢) و (٣) في ب : « ولفظة » .

(٤) « هذا » من ب و ح .

(٥) « درهم » من ح . و « بألف درهم » ليست في ب .

(٦) في ب : « بعت بألف » فالإشارة في ب : « بع عبدك هذا مني » فقال البائع : بعت بألف .

(٧) في ب و ح : « بلا خلاف » .

(٨) « تابعا » من ح . وكذا في الكاساني (٥ : ١٣٧ : ١٧) . وفي الأصل

و ب : « باعا » .

لا يصح ، لأن المجلس يتبدل بالمشى والسير - هكذا قال عامة مشايخنا ، وقاسوا على آية السجدة ، وخيار المخيرة ^(١) .

وقال بعض مشايخنا ^(٢) : إذا تبايعا في حال السير والمشى ، فوجد ^(٣) الإيجاب ، منفصلا عن القبول ^(٤) فإنه ينعقد ، ما لم يفترقا بأبدانهما . وإن وجد القبول بعد الافتراق ، لا يجوز ، لأن القيام عن المجلس دليل الإعراض عن الجواب - فأما السير بلا افتراق فليس بدليل الإعراض ، فصح القبول ، ويكون جوابا - وهكذا قالوا في خيار المخيرة . أما في تلاوة السجدة ^(٥) < ف > بخلافه ، لأن الأصل أن تجب السجدة لكل ^(٦) تلاوة . لكن جمعت التلاوات كتلاوة واحدة ^(٧) عند اتحاد المجلس ، والمجلس يختلف بالسير حقيقة .

ولو وقفا وتبايعا ، جاز ، وإن وجد القبول بعد الإيجاب ، بسكته ، لاتحاد المجلس .

(١) معنى « أنه لو قرأ آية سجدة وهو يمشى على الأرض أو يسير على دابة لا يصلى عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة - وكذا لو خير امرأته وهي تمنى على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وإن اختارت نفسها متصلاً بتغيير الزوج صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل » (الكاساني ، ٥ : ١٣٧ : ١٩) .

(٢) « وقاسوا على آية السجدة . . . مشايخنا » ليست في ب .

(٣) في ب : « في حال المشى فوجد » .

(٤) من ب و ح . وفي الأصل : « متصلاً بالقبول » .

(٥) في ب : « وأما سجدة التلاوة » .

(٦) في ب : « بكل » .

(٧) « واحدة » ليست في .

فأما إذا وقف فأوجب أحدهما البيع ، فسار الآخر ولم يقبل ، ثم قبل بعد ذلك ، لا يصح ، ويجعل سيره دليل الإعراض .

وكذا لو سار البائع قبل أن يقبل المشتري ، لأنه دليل الإعراض أيضاً ، وإنه يملك الرجوع في إيجاب البيع .

ولو خير امرأته بعدما وقف ، ثم سار الرجل ، وبقيت المرأة واقفة ، فلها الخيار ، لأن العبرة بجانبها ^(١) : فباعت في مجلسها ، فلم يوجد منها دليل الإعراض ، وكلام الزوج لا يبطل بالإعراض .

هذا إذا كان العاقدان حاضرين في المجلس .

. . .

فأما إذا كان أحدهما غائبا ، فوجد من أحدهما البيع أو ^(٢) الشراء ، فإنه ^(٣) لا يتوقف .

بيانه - أن من قال « بعت عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم ، فبلغه الخبر ، فقبل ^(٤) ، لا يصح ، لأن شرط ^(٥) البيع لا يتوقف ، بالإجماع . ولو قال « بعت عبدي هذا بألف درهم من فلان » بين يدي رجل وقال له « اذهب إلى فلان وقل ^(٦) له : إن فلانا باع عبده فلاناً منك بألف

(١) في ب : « لجانبها » .

(٢) في - : « و » .

(٣) في ب : « فإنها » .

(٤) « فقبل » ليست في - .

(٥) « شرط » من ب و - . وفي الأصل : « شرط » . وفي - : « شرط القيد » .

(٦) في ب : « وقل » .

درهم ، فجاء الرسول وأخبره بما قال ، فقال المشتري فى مجلسه ذلك^(١) « اشتريت » أو « قبلت » ، تم البيع بينهما ، لأن الرسول معبر وسفير ، فينقل كلامه إليه ، فإذا اتصل به الجواب ، ينعقد .

وكذا الكتاب على هذا : بأن^(٢) كتب إلى رجل وقال « أما بعد - فقد بعث عبدى فلانا منك بألف درهم » ، فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه ، قال فى مجلسه ذلك « اشتريت » أو « قبلت » ، ينعقد البيع - لأن الخطاب والجواب ، من الغائب ، بالكتاب ، يكون .

. . .

وعلى هذا الجواب فى الإجارة والهبة والكتابة .

فأما فى الخلع ، والعق على مال ، فإنه يتوقف شطر العقد من^(٣) الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس ، بالإجماع ؛ فإن من قال « خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم » ، فبلغها الخبر ، فأجازت ، أو قبلت - صح . وكذا إذا قال « أعتقت عبدى فلانا الغائب بألف درهم » ، فإنه يتوقف على إجازة العبد .

فأما فى جانب المرأة والعبد : فلا^(٤) يتوقف ، إذا كان الزوج والمولى غائبين . فأما فى النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبى حنيفة ومحمد^(٥) .

(١) « ذلك » من ب و ح .

(٢) فى ح : « فإن » . وفى ب : « إن » .

(٣) فى ب : « بين » .

(٤) الفاء من ح .

(٥) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « عندما » .

وعلى قول أبي يوسف : يتوقف .

. . .

ثم فى كل موضع لا يتوقف شطر العقد ، فإنه يجوز من العاقد^(١) الرجوع عنه ، ولا يجوز تعليقه بالشروط ، والاختار^(٢) ، لأنه^(٣) عقد معاوضة .

وفى كل موضع يتوقف شطر العقد ، كالتلعق والعنق على مال ، لا يصح الرجوع عنه^(٤) ، ويصح التعليق بالشروط ، لأنه فى جانب الزوج والمولى ، بمنزلة التعليق - وفى جانبها بمنزلة المعاوضة .

. . .

وأما بياض الشروط

فلليبيع شروط :

ضربها - شرط الأهلية ، من العقل والبلوغ^(٥) ، حتى لا ينعقد البيع من الطفل ، والمجنون .

فأما الصبي العاقل والمعتوه : < ف > من أهل البيع ، حتى لو وكل بالبيع والشراء ، وباعا - جاز ، ونفذ ، عندنا - خلافا للشافعى .

وضربها - شرط الانعقاد ، وهو المحل ، وهو أن يكون مالا متقوما ، حتى لو باع الحمر والخنزير والميتة والدم وجلد الميتة - فإنه لا يجوز أصلا ،

(١) فى : « العاقدين » .

(٢) فى الكاسانى (٥ : ١٣٨ : ٨ من أسفل) : « ولا يصح تعليقه بالشروط وإضافته إلى الوقت » .

(٣) فى ب : « ولأنه » .

(٤) « عنه » من ح .

(٥) « والبلوغ » ليست فى ب .

حتى لا يملك بالقبض ، بخلاف ما إذا كانت ^(١) هذه الأشياء ثمنًا فإنه
ينعقد البيع بالقيمة .

ومنها - شرط النفاذ ، وهو الملك أو الولاية ، حتى إذا باع ملك
نفسه نفذ ، ولو باع الوكيل نفذ لوجود الولاية .

. . .

وأما أقسام البيع - فنقول :

هو في الأصل قسمان : بيع نافذ ، وبيع موقوف .

فأما البيع النافذ < فهو > أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد
والنفاذ جميعا .

وأما البيع الموقوف < فهو > أن يوجد الركن مع وجود شرط
الانعقاد والأهلية ، لكن لم يوجد شرط النفاذ ، وهو الملك والولاية .

بيان : أن الفضولي إذا باع مال ^(٢) غيره من إنسان ، أو اشترى لغيره
شيئًا معينًا - فإنه يتوقف على إجازته عندنا .

وقال الشافعي : لا يتوقف ^(٣)

ولقب المسألة أن العقود والفسوخ من الفضولي تتوقف ^(٤) على
إجازة المالك .

(١) الثاء من ب .

(٢) « مال » ليست في ح .

(٣) في ب و ح : « عندنا خلافا للشافعي » .

(٤) « على إجازته عندنا . . . تتوقف » ساقطة من ب .

وإنما يتعقد عندنا، على التوقف، كل^(١) عقد له مجيز حالة العقد؛ فأما إذا لم يكن له مجيز، فإنه لا يتوقف - حتى إن الطلاق والعناق، في حق البالغ، من الفضولي: فهو على^(٢) الخلاف، لأن له مجيزا^(٣) في الحال^(٤). فأما إذا وجد الطلاق والعناق والتبرعات من الفضولي^(٥) البالغ^(٦) في امرأة الصبي والمجنون وماهما، فإنه لا يتوقف، لأنه ليس له مجيز في حالة العقد، لأنهما ليسا من أهل الطلاق والعناق والتبرعات؛ وكذلك وليهما؛ وكذلك الأب والوصى إذا أعتقا أو طلقا عبد الصبي أو امرأته. ثم إن ما يجوز للعقد الموقوف إذا كان المحل قابلا لا إنشاء البيع حالة الإجازة. فأما إذا لم يكن قابلا^(٧)، فلا^(٨) - بأن هلك المحل، لأن بالإجازة ينفذ، للحال، مستندا إلى ما قبله^(٩)، فلا بد من المحل في الحال. وكذا الجواب لو^(١٠) كان العاقدان فضولين: فإنه يتوقف أيضا^(١١) على إجازة المالكين.

(١) هكذا في ب. وفي الأصل و ح: «على كل».

(٢) زاد هنا في ح: «هذا».

(٣) «لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه، وكان لها مجيز حال وجودها، فيتوقف على إجازة المالك» الكسانى، ٥: ١٤٩: ٨ من أسفل. وفي ح: «لأنه لا مجيز».

(٤) «في الحال» من ب و ح.

(٥) «الفضولي» من ب و ح.

(٦) «البالغ» ليست في ب. وفي ح: كذا: «البائع».

(٧) «قابلا» من ب و ح.

(٨) «فلا» ساقطة من ب.

(٩) «إلى ما قبله» من ح.

(١٠) في ب: «ولو».

(١١) «أيضا» من ب و ح.

وكذلك الجواب^(١) فى النكاح .

ولو كان الفضولى الواحد باع عبد إنسان من إنسان ، وهما غائبان ، وقبل < عن >^(٢) المشتري أيضا ، فإنه لا يتوقف^(٣) .

وفى النكاح إذا قبل < عنهما >^(٤) لا يتوقف أيضا .

وبعض مشايخنا قالوا : ينبغى أن يتوقف عند أبي حنيفة ومحمد ، وإنما الخلاف فيما إذا زوج رجل^(٥) امرأة ولم يقبل^(٦) منه ، لأن الواحد يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين ولا يتوقف^(٧) فى النكاح ، ويجوز أن يكون وليا من الجانبين . بأن زوج ابنة أخته^(٨) من ابن أخيه ، والا لجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، بخلاف البيع : فإن الواحد لا يجوز أن يكون وكيلا من الجانبين ، فلا^(٩) يتوقف من رجل واحد^(١٠) ، وإن وجد منه إلا بإيجاب والقبول جميعا .

ثم إنما جاز أن يكون الرجل وليا ووكيلا من الجانبين فى النكاح ،

(١) « الجواب » من ب و هـ .

(٢) فى الأصل وب و هـ : « من » .

(٣) معنى عدم التوقف هنا أن يكون باطلا .

(٤) فى الأصل وب و هـ : « منهما » . وفى ب هنا تكرار . وانظر الهامش السابق .

(٥) « رجل » ليست فى هـ . وفى ب : « الرجل » .

(٦) فى ب : « ولم يقبل » .

(٧) « ولا يتوقف » من هـ .

(٨) فى ب و هـ : « أخيه » .

(٩) فى هـ : « ولا » .

(١٠) فى ب : « من الواحد » . وفى هـ : « من كل واحد » .

وفي البيع لا يجوز أن يكون وكلا من الجانبين. وإنما يجوز أن^(١) يكون وليا من الجانبين ، فإن الأب إذا اشترى مال الصبي^(٢) لنفسه ، أو باع ماله من الصبي^(٣) ، بمثل قيمته أو بغير يسير يتغابن الناس في مثله : فإنه يجوز . وكذلك الوصي : إذا اشترى مال^(٤) الصبي لنفسه ، أو باع مال نفسه من الصبي ، وفيه نفع ظاهر للصبي ، جاز ، بلا خلاف .

فأما إذا كان بمثل القيمة ، جاز عند أبي حنيفة ، وعند محمد لا يجوز . وأما إذا كان بدون القيمة : <ف> لا يجوز ، بلا خلاف^(٥) .

(١) في ب : « فأما الجواز أن » .

(٢) و (٣) في ب : « الابن » .

(٤) في ب : « بنال » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « بمثل القيمة لم يجوز عند أبي حنيفة وعند ما جاز » اهـ . وفي هـ لا توجد عبارة : « بلا خلاف فأما إذا كان بمثل ... لا يجوز بلا خلاف » . وفي الكاساني (١٣٦ : ٥) : « وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر ، لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز » . وفي الكاساني (٥ : ٢٥٤ : ١٩) : « ولو فصل الوصي ذلك [أي اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير] لا يجوز عند محمد أصلا ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان خيرا لليتيم جاز وإلا فلا » . وفي الزيلعي ، التبيين ، ٦ : ٢١١ - ٢١٢ : « وأما إذا اشترى [الوصي] شيئا من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة ، ولأحمد الروايتين عن أبي يوسف ، إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بشرة للصغير من نفسه . وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنه لا يجوز على كل حال - هذا في وصي الأب . وأما وصي القاضي فلا يجوز يمه من نفسه بكل حال لأنه وكيله . وللاب أن يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة أو بغير يسير . وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضمف الثمن ، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن - قال الصدر الشهيد رحمه الله : وبه يفتي » . راجع أيضا : البارقي ، الناية ، ٨ : ٤٩٩ .

والفرق بين الفصول أن الولى والوكيل فى باب النكاح بمنزلة الرسول، لأنه لا يرجع إليه حقوق العقد. فأما الوكيل فى باب البيع <ف> أصل فى حق الحقوق، وللبيع حقوق متضادة، من التسليم والتسلم، فلا يجوز أن يكون الواحد، فى شيء واحد، فى زمان واحد، مسلما ومتسلما، بخلاف الأب الوصى، لأن ثم جعلناهما كشخصين لاختلاف الولايتين. ولو باع العبد المحجور، مال مولاه، من إنسان، بثمن معلوم - فإنه يتوقف على إجازة مولاه، لأنه^(١) بمنزلة الأجنبي.

ولو أذن له بالتصرف فى البيع والشراء و^(٢) أجاز ذلك، لا ينفذ إلا بإجازة المولى، لأن العبد المأذون لا يملك بيع مال المولى وإنما يملك الشراء. ولو اشترى عبدا، لمولاه، بغير إذنه، فإنه يتوقف على إجازته - ولو أذن له بالتصرف: نفذ الشراء على مولاه، من غير إجازة مبتدأة لذلك^(٣) - لأنه، بالأذن، ملك إنشاء الشراء، فى حقه، فيملك الإجازة^(٤).

وعلى هذا: الصبي العاقل: إذا باع ماله^(٥) وهو محجور - فإنه ينمقد تصرفه موقوفا على إجازة وليه، وعلى إذن وليه بالتصرف أيضا، وعلى بلوغه أيضا، لأن فى انعقاده فائدة، لوجود المحيز، للحال، وهو الولى.

(١) «لأنه» من ب و ح .

(٢) فى ح : «أو» وفى ب : «فأجاز» .

(٣) «لذلك» من ب و ح .

(٤) فى ح : «فيملك بذلك الإجازة» . وفى ب : «فى حقه بذلك الإجازة» .

(٥) فى ب : «ملكه» .

وهذا فى التصرفات ^(١) الدائرة بين الضرر والنفع ، كالبيع والإجارة .
فأما التصرفات الضارة ^(٢) - كالطلاق ، والعاق ، والهبة ، والصدقة ،
والإقرار - فإنه لا تصح ولا تتوقف ، لأن الولى لا يملك هذه التصرفات ،
فلا يجيز لها للحال ^(٣) .

وأما التصرفات النافعة ، كالاختطاب ، والاحتشاش ، والاصطياد ،
وقبول الهبة والصدقة - < ف > تصح منهما ، من غير إذن .

وأما حكم البيع

فهو ثبوت الملك فى المبيع للمشتري ، وثبوت الملك فى الثمن للبائع ،
إذا كان البيع باتاً من غير خيار .

فأما إذا كان فيه خيار الرؤية ، أو العيب ، أو خيار الشرط - فالجواب
على ما نذكر .

ثم إذا كان البيع باتاً : < ف > لا يملك أحدهما الفسخ بدون رضا صاحبه ،
وإن لم يتفرقا عن المجلس - وهذا عندنا .

وقال الشافعى : لهما ^(٤) خيار الفسخ ما لم يتفرقا عن المجلس .

ولقب المسألة أن خيار المجلس ^(٥) هل هو ثابت شرعاً ؟

(١) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وهذا هو التصرف » .

(٢) « الضارة » ليست فى ب .

(٣) فى ح : « لأن الولى لا يملك التصرفات الضارة < ف > ولا يجيز لها للحال » .

(٤) فى ب : « له » .

(٥) فى ب : « الفسخ » .

فَعِنْدَنَا : غير ثابت . وعنده : ثابت ^(١) - والمسألة معروفة .

. . .

فَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ فِي الطَّرْفَيْنِ ، أُغْنَى فِي ^(٢) الْمَيْعِ وَالثَّمَنِ جَمِيعًا ، وَحُكِمَ
الْمَيْعُ يَخَالَفُ ^(٣) حُكْمَ الثَّمَنِ ، فِيمَا سِوَى ثَبُوتِ الْمَلِكِ - فَمَهْرٌ مِنْ بَيَانِ
الثَّمَنِ وَالْمَيْعِ ^(٤) : فنقول :

إِنَّ الْمَيْعَ ، فِي الْأَصْلِ ، مَا ^(٥) يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ^(٦) . وَالثَّمَنِ ، فِي الْأَصْلِ ،
مَا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ^(٧) ، وَإِنْ كَانَ قَدْ يَتَعَيَّنُ بَعَارِضَ ، فَيَصِيرُ الْمَيْعُ دَيْنًا ، كَمَا
فِي ^(٨) السَّلَمِ ، وَيَصِيرُ الثَّمَنُ عَيْنًا ، كَمَيْعِ الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ ^(٩) .

لَكِنَّ الثَّمَنَ الْمَطْلُوقَ هُوَ الدَّرَاهِمُ ^(١٠) وَالدَّنَانِيرُ ، وَإِنَّمَا لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي
عُقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ ، فِي حَقِّ الْإِسْتِحْقَاقِ ^(١١) ، وَإِنْ عَيِنْتَ ، وَتَتَعَيَّنُ فِي حَقِّ
بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجَنْسِ وَالصِّفَةِ - وَهَذَا عِنْدَنَا .

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ : تَتَعَيَّنُ ^(١٢) .

(١) « وعنده ثابت » ليست في ب .

(٢) « في » من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « قد يخالف » .

(٤) في ح : « والثمن » .

(٥) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « مما » .

(٦) و (٧) في ح : « بالتعين » .

(٨) « كما في » من ب و ح . وفي الأصل : « كالسلم » .

(٩) وزاد في ب : « بمعرفة أحكامها » . وعبارة « وإن كان قد يتعين ... بالعين »

ليست في ح .

(١٠) من ب . وفي ح : « المطلق كالدرهم » .

(١١) في ح : « في الاستحقاق » .

(١٢) في ب و ح : « يتعين » .

وأجمعوا أنهما إذا كانتا في الذمة لا يتعينان^(١) ، وإذا عينة < ا > :
فَعِنْدَهُمَا حَكْمُهُمَا كَحَكْمِ^(٢) الْمَيْسِعِ .

وأجمعوا أنهما يتعينان^(٣) في الفصوب ، والأمانات ، والوكالات .
وبيان ذلك : أن من باع عبدا بألف درهم ، وعينها في المجلس ، فإن
البائع لا يستحق عينها ، حتى لو أراد المشتري أن يمنحها ويرد غيرها - له
ذلك ، ولكن تتمين في حق^(٤) الجنس ، حتى تجب عليه الدراهم ، وتتمين
في حق القدر حتى تجب عليه^(٥) ألف درهم ، وتتمين في حق الصفة ،
حتى إن الدراهم المعينة في العقد إذا كانت جيدة يجب عليه مثلها جيدة^(٦) ،
وإن كانت رديئة فكذلك .

والصحيح قولنا^(٧) ، لأنه لا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ،
لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض^(٨) يكون في عقود المعاوضات ، فكان
التعين وتركه ، سواء ، في حق^(٩) استحقاق العين .
فأما في تعمين^(١٠) الجنس ، والقدر ، والصفة ، < ففيه > فائدة ، فتتمين .

(١) في ب و ح : « أنها إذا كانت في الذمة لا يتعين » .

(٢) في ب و ح : « حكم » .

(٣) في ب و ح : « أنها تتمين » .

(٤) في ح : « ولكن لا يتعين حق » .

(٥) « عليه » من ب .

(٦) « جيدة » ليست في ب .

(٧) « قولنا » ليست في ح .

(٨) في ب : « عرض » .

(٩) « في حق » من ب و ح .

(١٠) في ب : « في حق تعمين » .

ثم الدراهم والدنانير أثمان أبداً ، سواء كانت فى مقابلتها أمثالها أو أعيان أخر ، صحبتها حرف الباء أو لا - حتى إن فى الأثمان ^(١) يصير صرفاً ، وإذا كانت فى مقابلتها السلعة تصير ثمناً - والسلعة مبيع على كل حال - لأنها أثمان مطلقة ، على كل حال ، فلا ^(٢) تتمين بالتعين .

وأما الأعيان التى ليست من ذوات الأمثال ، كالثياب ، والدور ، والعقار ، والعبيد ، والعدديات المتقاربة ^(٣) كالبطاطيخ والثمار - فهى مبيعة ، وتتمين بالتعين ، ولا يجوز البيع فيها إلا عيناً ، إلا فيما يجوز فيه السلم ، كالثياب ونحوها ، فيكون مبيعاً ديناً ، إذا وجد شرائط السلم ، بالنص ، لحاجة الناس ، بخلاف القياس ^(٤) .

ثم الثياب ، كما تثبت فى الذمة ، ديناً ، مبيعاً بطريق ^(٥) السلم ، تثبت ديناً فى الذمة مؤجلاً بطريق الثمن ، والأجل شرط فى الثياب ، لا لأنه شرط فى الأثمان ، ولكن شرط ^(٦) لتصير ملحقه بالثمن ^(٧) فى كونها ديناً فى الذمة .

(١) أى إذا كانت فى مقابلتها الأثمان .

(٢) فى ح : « ولا » .

(٣) فى ب و ح : « المتفاوتة » .

(٤) « بخلاف القياس » من ب و ح .

(٥) فى ح : « كما يثبت فى الذمة متميناً بطريق » .

(٦) فى ب كذا : « بشرط » .

(٧) فى ب و ح : « بالسلم » .

وأما المكييل والموزون ، والعددى المتقارب : إن كانت فى مقابلتها الاثنان^(١) ، فهى مبيعة . وإن كانت فى مقابلتها أمثالها ، أعنى المكييل والموزون والعددى المتقارب ، فكل^(٢) ما كان موصوفا فى الذمة يكون ثنائيا وكل ما كان معينيا يكون مبيعا .

وإن كان كل واحد منهما موصوفا فى الذمة ، فما صحبه حرف الباء يكون ثنائيا ، والآخر يكون مبيعا ، لأن هذا مما يتعين^(٣) بالتعيين ، ويثبت^(٤) دينا فى الذمة أيضاً . فيتعين أحد الوجهين بالدليل .

فإذا ثبت تفسير المبيع والثنى فنذكر^(٥) أحكامهما^(٦) فنقول :

< منها > - إذا هلك المبيع قبل القبض ، يفسخ البيع .

وإذا هلك الثمن فى المجلس قبل القبض :

فإن^(٧) كان عينا مثليا^(٨) ، لا يفسخ ، لأنه يمكن تسليم مثله ، بخلاف^(٩) المبيع ، لأنه عين^(١٠) ، وللناس أغراض فى الأعيان^(١١) .

(١) فى ب : « اثنان » .

(٢) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « وكل » .

(٣) فى ب : « مما لا يتعين » .

(٤) فى ح : « فيثبت » .

(٥) زاد هنا فى ح : « وكذلك » .

(٦) كذا فى ب و ح . وفى الاصل : « أحكامها » .

(٧) فى ب و ح : « بأن » .

(٨) « مثليا » من ب .

(٩) فى ح : « تسليمه بخلاف » .

(١٠) فى ب : « معين » . وفى ح : « عين » .

(١١) فى ح : « وللناس أعيان » .

أما إذا هلك ، وليس له مثل في الحال ^(١) ، بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس ، وهو كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض : < فقد > اختلف المشايخ فيه ^(٢) .

وأما إذا كسد الثمن ، بأن كان الثمن فلوساً فكسدت ، أو كسد بعض الدراهم الرائجة - وهو كان ثمناً قبل القبض : < ف > على قول أبي حنيفة يفسخ العقد ، وجعل الكساد كالهلاك ^(٣) ، لأن قيام الثمن ، من حيث المعنى ، بالرواج .

وعلى قولهما : لا يفسخ ، لكن يخير : إن شاء أخذ قيمته ، وإن شاء فسخ ^(٤) ، وجملته كالعيب . ثم اختلفا فيما بينهما :

فقال ^(٥) أبو يوسف : يعتبر قيمته يوم العقد ، لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته ، حينئذ .

وقال محمد : تعتبر قيمته في آخر ما ترك الناس المعاملة بذلك ، لأنه عجز عن التسليم يومئذ .

ومنها - أنه لا يجوز التصرف في المبيع ، المنقول ، قبل القبض ، بلا خلاف . وفي العقار المبيع : يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد والشافعي : لا يجوز .

(١) في ب : « في الحالين » .

(٢) « فيه » من ب .

(٣) في ب : « كالهلاك » .

(٤) في ب : « ولأن انقطع » .

(٥) الفاء من ب .

وأما الائتمان: <ف> يجوز التصرف فيها قبل القبض ، لا نهاديون .
وكذلك التصرف في سائر الديون : من المهر ، والائجرة ، وضمان المتلفات ،
ونحوها - يجوز ، قبل القبض .

. . .

ومنها - إذا باع ^(١) عيناً بعين ، فإنه يجب عليهما التسليم معا ^(٢) ،
تحققاً للمساواة ، في المعاوضة المقتضية للمساواة ^(٣) عادة .

فأما إذا كان يبيع العين بالدين ، فإنه يجب تسليم الدين أولاً ، حتى يتمين ،
ثم يجب تسليم العين ليتساويا - فإذا سلم المشتري الثمن ، يجب على البائع
تسليم المبيع .

وأو هلك المبيع قبل التسليم ، فالهلاك يكون على البائع ^(٤) ، يعني
يسقط الثمن وينفسخ العقد .

ولو كان الثمن مؤجلاً ، يجب تسليم المبيع للحال ، لأنه هو الذي
أسقط حق نفسه في التأجيل ^(٥) ، فلا يسقط حق الآخر .

وإن أجل الثمن إلا درهماً ، له أن يحبس كل المبيع ، لأن حق الحبس
مما لا يتجزأ .

(١) في ب : « باعاً » .

(٢) « معا » ليست في ب .

(٣) « في المعاوضة المقتضية للمساواة » ليست في ح .

(٤) زاد هنا في ح : « تسليم المبيع » .

(٥) في ب و ح : « بالتأجيل » .

وكذلك لو أوفى جميع الثمن إلا درهما ، أو أبرأه ^(١) عن جميع الثمن إلا درهما .

وكذا في الرهن : إذا قبض الدين كله ، أو أبرأه إلا درهما ، فإنه يحبس كل ^(٢) الرهن ، حتى يصل إليه الباقي .

ولو دفع المشتري إلى البائع بالثمن رهنا ، أو كفل به كفيلًا ، لا يسقط حق الحبس ، لأن هذا وثيقة بالثمن ، فلا يبطل حقه عن حبس المبيع ، لاستيفاء الثمن .

ولو أحال البائع رجلا على المشتري بالثمن وقبل ، سقط حق الحبس .

وكذلك إذا أحال المشتري البائع على رجل .

وهذا عند أبي يوسف .

وعن محمد روايتان : في رواية كما قال أبو يوسف . وقال في رواية :

إذا أحال البائع رجلا على المشتري يسقط حق الحبس ، وإن أحال المشتري

البائع ، على رجل ، لم يسقط حق الحبس ^(٣) - وهي مسألة كتاب الحوالة .

ولو أتلف المشتري المبيع في يد البائع ، صار قابضًا للمبيع ، وتقرر ^(٤)

عليه الثمن .

وكذلك إذا قطع يده أو شج رأسه وكل تصرف نقص منه شيئاً .

(١) الماء من ب .

(٢) في - هنا تكرار .

(٣) زاد في - هنا : « في يد البائع » .

(٤) في - : « ويقدر » .

وكذلك لو فعله ^(١) البائع بإذن المشتري ، لأن أمره بالإتلاف في ملكه صحيح ، وصار ^(٢) فعله منقولاً إليه حكماً ، كأنه فعل بنفسه .
ولو أعتق المشتري العبد ، وهو في يد البائع ، يكون قبضاً منه ،
لأنه إتلاف .

ولو زوج الأمة المبيعة قبل القبض : < فـ > القياس أن يصير قابضاً ،
لأن التزويج عيب في الجوارى - وهو قول أبي يوسف .
وفي الاستحسان لا يكون قبضاً ، لأنه ليس ببيع ^(٣) حقيقة .
وإن أقر المشتري بالدين على العبد المبيع ، قبل القبض ، لا يكون
قبضاً ^(٤) ، لأنه ليس ببيع ^(٥) حكماً .

ولو زوجها المشتري ووطئها الزوج في يد البائع ، يكون قبضاً في
قولهم ، لأن وطء الزوج بإذن المشتري بمنزلة وطء المشتري .

ولو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره منه ، ففي المشهور من
الرواية أنه يسقط حق الحبس وليس له أن يسترده ^(٦) ، لأن الإيداع
والإعارة من المالك لا تصح ، فيكون هذا تسليماً بحكم البيع ^(٧) ،
فيسقط ^(٨) حق الحبس .

(١) في ب : « نقله » .

(٢) في ح : « فصار » .

(٣) في ب : « ببيع » .

(٤) في ح : « قابضاً » .

(٥) كذا في ح . وفي الأصل و ب : « لأنه ببيع » .

(٦) في ب : « يرد » .

(٧) « البيع » ليست في ب .

(٨) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « فسقط » .

ولو أودع المشتري من البائع أو أعاره منه ، لم يكن ذلك قبضاً ، لأن للبائع حق الحبس بطريق الأضالة ، فلا يصح أن يصير نائباً عن غيره . ولو أودع المشتري عند أجنبي ، وأمر البائع بالتسليم إليه ، أو أعاره ، يصير قابضاً ، لأن يد أمينه كيده .

ولو جنى رجل على المبيع ، فاتبع المشتري الجاني ، وأخذ الأرض ، سقط حق الحبس ، ويصير قابضاً ، حتى لو هلك يكون الهلاك على المشتري ، ويصير كأن الجاني فعله بأمره - وهذا قول أبي يوسف .

وقال محمد : لا يصير قابضاً ، و < ي > بقى فى ضمان ^(١) البائع ، ويؤمر البائع بالتسليم إليه .

هذا الذى ذكرنا إذا كان المبيع فى يد البائع .
فأما إذا كان فى يد المشتري ، فبإعائه المالك منه - < فنقول > :
إن كان فى يده غصباً ، يصير قابضاً بنفس الشراء ولا يحتاج إلى تجديد القبض ، حتى لو هلك قبل أن يتمكن من قبضه حقيقة ، فإنه يهلك على المشتري ، لأن ضمان الغصب ضمان العين ، نظير ضمان البيع ^(٢) ، فيكون من جنسه ، فينوب قبض الغصب عن قبض البيع ^(٣) .

ولو باع الراهن المرهون من المرتهن ، وهو فى حبه ^(٤) ، لا يصير قابضاً بنفس الشراء ، ما لم يجدد القبض ، بأن يتمكن من قبضه حقيقة ،

(١) فى ب : « ويقترب من ضمان » .

(٢) و (٣) فى ب : « المبيع » .

(٤) فى ب و ح : « من جنسه » .

بأن^(١) كان حاضرا فى مجلس الشراء ، أو^(٢) يذهب إلى بيته ويتمكن من قبضه ، لأن قبض الرهن قبض أمانة ، وإنما يسقط الدين بهلاكه^(٣) ، لا بكونه^(٤) مضمونا ، ولكن بمعنى^(٥) آخر عرف فى موضعه ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء .

وكذلك إذا كان فى يده أمانة ، مثل الوديعة والعارية والإجارة ونحوها ، لم يدخل فى ضمان المشتري إلا أن يتمكن من قبض جديد ، لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان^(٦) .

ولو أن المشتري قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن ، فللبائع أن يسترده حتى يعطيه الثمن ، لأن للبائع حق الحبس حتى يستوفى الثمن ، وقد أبطل حقه بالأخذ ، فعليه الإعادة ، كالراهن إذا أخذ المرهون من يد المرهن : له أن يعيده إلى يده ، كما^(٧) قلنا .

ولو قبض بغير إذن البائع بعد نقد الثمن ، ليس له أن يسترده ، لأنه بطل حق الحبس بإيفاء^(٨) الثمن ، فيكون^(٩) قبضا بحق .

ولو أن المشتري^(١٠) قبضه ، بغير إذن البائع ، قبل إيفاء الثمن ، ثم تصرف

(١) فى ح : « فإن » .

(٢) فى ب : « و »

(٣) « بهلاكه » من ب و ح .

(٤) و (٥) فى ب : « لا لكونه ... لمعنى » .

(٦) فى ب و ح : « ضمان » . وزاد فى ب : « نعمة » .

(٧) فى ب و ح : « لما » .

(٨) فى ب : « باستيفاء » .

(٩) فى ح : « يكون » .

(١٠) زاد هنا فى ب و ح : « إذا » .

فى المبيع بغير إذن البائع :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ، كالبيع، والهبة، والإجارة، والرهن ونحوها - فللبائع أن يسترده، لأن حق الحبس قائم.

فأما إذا تصرف تصرفاً لا يحتمل الفسخ، كالإعارة والتدبير والاستيلاء، فإنه لا يسترده ^(١)، لأنه لا يبقى حق الحبس ^(٢)، لأن المشتري تصرف فى ملكه تصرفاً لا يحتمل الرد، فنفذ ^(٣)، كالرهن إذا أعتق وحبس الحر، أو الحر ^(٤) من وجه، لا يجوز، لأنه لا ^(٥) فائدة فى بقاء الحبس ^(٦).

(١) الهاء من ب و ح .

(٢) « الحبس » من ب و ح . وفى الأصل : « الفسخ » .

(٣) « فنقد » من ب و ح . وفى الأصل : « فيفسد » .

(٤) فى ح : « الحرية » .

(٥) فى ح : « لا يجوز ولا » . وفى ب : « لا يجوز فلا » .

(٦) فى ب و ح : « حق الحبس » . وزاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

البيع الفاسد

وما يملك به وما لا يملك^(١)

فى الباب فصلان :

أحدهما : فى بيان أنواع البيوع الفاسدة .

والثانى : فى بيان حكمها .

أما الأول — فنقول :

البيوع الفاسدة أنواع :

منها — أن يكون المبيع مجهولا ، أو الثمن مجهولا ، جهالة توجب المنازعة ،
لأنها مانعة عن^(٢) التسليم والتسلم ، وبدونها^(٣) يكون البيع فاسدا ،
لأنه لا يفيد مقصوده .

بيانها — إذا اشترى شاة من قطيع ، أو اشترى أحدا لأشياء الأربعة ،
بكذا ، على أنه بالخيار بين أن يأخذ واحدا منها ويرد الباقي^(٤) ، أو اشترى
أحد الأشياء الثلاثة ، أو أحد الشيئين ولم يذكر فيه الخيار^(٥) ؛ فأما إذا

(١) فى ح : « باب البيوع الفاسدة وما يملك وما لا يملك » .

(٢) فى ب : « من » .

(٣) كذا فى ح . وفى الأصل و ب : « وبدونها » . والمقصود بدون إمكان التسليم والتسلم .

(٤) فى ب : « البواقي » .

(٥) هنا زاد فى ب : « لا يجوز » .

ذكر الثلاثة أو الاثنين وشرط الخيار لنفسه: بين أن يأخذ واحدا ويرد الباقي : <ف> هذا جائز استحسانا ، اعتباراً بشرط الخيار ثلاثة أيام .
وهل يشترط فيه ذكر مدة ^(١) خيار الشرط ؟ اختلف المشايخ فيه ، والأصح أنه لا يشترط .

. . .

وكذا إذا باع العبد بمائة شاة من هـ - ذا القطيع ونحوه ، لا يجوز ، لجهالة الثمن .

. . .

فأما الجهالة التي لا تفضى إلى المنازعة : <ف> لا تمنع الجواز - فإنه إذا باع قفيزا من صبرة معينة بدراهم ^(٢) ، أو باع هذا المعدل من الثياب بكذا ولا يعرف عددها ، أو باع هذه الصبرة بكذا ولا يعلم عدد القفزان - جاز ، لما ذكرنا .

وعلى هذا :

إذا اشترى شيئا لم يره ، بأن اشترى فرسا مجللا ^(٣) ، أو جارية متتقة ، أو كسرى حنطة في ^(٤) هذا البيت ، أو عبدا تركيا في هذا البيت ، فإنه يجوز إذا وجد كذلك ، وللمشتري الخيار إذا رآه .

وعند الشافعى : فاسد .

(١) « مدة » من . . . وهى فى الكسانى (١٤ : ١٥٧ : ٥) .

(٢) فى ب : « بدرهم » .

(٣) أى لابسا الجلب وهو لادابة كالثوب للإنسان تصان به (المنجد) .

(٤) فى ب : « أو كر حنطة من » . وفى - : « أو كذا كر من حنطة فى » .

ولو باع هذا العبد بقيمته: فهو فاسد، لأن القيمة تعرف بالخزروالظن .
وكذا لو اشترى عدل زطى أو جراب هروى ، بقيمته ، لما قلنا .
ولو اشترى بحكم البائع أو^(١) المشتري ، أو بحكم فلان : فهو فاسد ،
لأن الثمن مجهول .

وكذلك لو اشترى شيئاً بألف درهم إلا ديناراً ، أو بمائة دينار إلا
درهما ، لأن معناه : « إلا قدر قيمة الدينار » وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة .
ولو باع وقال : « هو بالنسيئة كذا وبالتقد كذا » - فهو فاسد ، لأن
الثمن مجهول .

وكذا لو قال « بعت إلى أجل كذا أو^(٢) كذا » : فهو فاسد ، لأن
الأجل مجهول^(٣) .

ولو باع إلى الحصاد والدياس^(٤) ، أو إلى رجوع الحاج وقدومهم -
فالبيع فاسد ، لما ذكرنا^(٥) .

ولو باع عدل زطى برأس ماله ، أو برقه^(٦) ، ولا يعلم المشتري رقه
ولا رأس ماله : فهو فاسد ، لأن الثمن^(٧) مجهول . فإن علم رأس ماله أو

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « و » .

(٢) في ب و ح : « و » .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « فاسد » .

(٤) في ح : « أو إلى الدياس » .

(٥) في ب و ح : « على ما ذكرنا في السلم » .

(٦) التاجر يرقم الثياب أى يعلها بأن ثمنها كذا (المغرب) .

(٧) في ح : « لأن البين الثمن » .

رقه في المجلس فإنه يعود البيع جائزا استحسانا ، خلافا لزر ، كما ^(١) في الحصاد والدياس ، أو بشرط ^(٢) الخيار إلى شهر - إلا أن الفرق أن هناك إذا رفع ^(٣) المفسد قبل مجيء الحصاد والدياس ، وقبل مجيء اليوم الرابع - يعود إلى الجواز ، سواء كان في مجلس العقد أو بعد المجلس ، وفي الرقم يشترط لانقلاب البيع جائزا ارتفاع المفسد في المجلس .

وضرها - أن يكون المبيع مُحَرَّمًا أو ثمنه ، بأن باع الخمر أو الخنزير ، أو باع بهما - فإنه لا يجوز . وكذا المُحَرَّم إذا باع صيدا مملوكا ، أو اشترى بصيد ^(٤) مملوك ، لأن الحرام لا يصلح مبيعا وثمنا - غير أنه إذا كان مبيعا: يكون البيع ^(٥) باطلا ، وإذا كان ثمنا: ينعقد البيع ، بالقيمة ، عندنا ، يما فاسدا . وأما إذا ذكر الميتة والدم ثمنا : < فقد > اختلف المشايخ فيه .

وضرها - إذا تعلق بالبيع حق محترم ، للغير ، لا يملك البائع إبطاله : يكون البيع ^(٦) فاسدا - نحو أن يبيع الراهن المرهون ، أو المؤاجر المستأجر ^(٧) .

(١) في ب : « كما قال » .

(٢) في ب : « شرط » .

(٣) في ب : « وقع » .

(٤) في ب : « بريد » .

(٥) « البيع » من ب و .

(٦) في ب : « ويكون البيع » . وفي ب : « أو يكون المبيع » .

(٧) في ب : « فاسدا لجواز بيع الراهن الرهن أو المرهون أو المستأجر » .

واختلفت ^(١) العبارة في هذه المسألة في الكتب :

ذكر في بعضها أن البيع فاسد .

وفي بعضها أنه ^(٢) موقوف ، على إجازة المرتهن والمستأجر ، وهو الصحيح - حتى إن الراهن لا يقدر على فسخه . وكذلك المؤاجر . وكذا المرتهن والمستأجر : لا يملك الفسخ ، ويملك الإجازة . وإذا انقضت هذه الإجازة ^(٣) ، أو افتك الراهن ^(٤) الرهن يثبت الملك للمشتري ^(٥) .

ومنها - أن المبيع ^(٦) إذا كان لا يقدر على تسليمه ^(٧) وقت العقد ، مثل الطير ^(٨) الذي طار عن يده ، أو العبد الآبق ، و ^(٩) اللقطة ، والمغصوب - < يكون البيع فاسدا > .

ولو قدر على التسليم ، في المجلس ، لا يعود إلى الجواز ، لأنه وقع فاسدا . وكذلك إذا جمعه ثمنا ، لأن الثمن إذا كان عينا - فهو مبيع ، في حق صاحبه . وعن الطحاوى أنه يعود جائزا .

ومنها - أن يكون في المبيع ، أو في ثمنه ^(١٠) ، غرر ، مثل بيع السمك

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « اختلف » .

(٢) « أنه » من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « مدة الإجازة » .

(٤) « الراهن » من ب و ح .

(٥) في ح : « ملك المشتري » .

(٦) في ح : « أن بعض المبيع » .

(٧) في ب : « أن المبيع إذا لم يكن مقدور التسليم » .

(٨) في ب و ح : « مثل بيع الطير » .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) « أو في ثمنه » من ح .

في الماء ، وهو لا يقدر على تسليمه بدون الاصطياذ والحيلة ، و^(١) يبيع الطير في الهواء ، أو يبيع مال الغير على^(٢) أن يشتريه ، فيسلمه إليه ، لأنه باع ما ليس بمملوك له لالحال^(٣) ، وفي ثبوته غرر وخطر .

• • •

ومنها - يبيع ما هو مملوك له ، لكن قبل القبض - وقد ذكرنا تفصيله^(٤) .

• • •

ومنها - إدخال الشرطين في بيع واحد^(٥) - وذلك أن يقول « إن أعطيتني حالا فبالف ، وإن أجلت شهرا فبالفين » ، أو قال « أبيعك بقفيز حنطة أو بقفيزي^(٦) شعير » فهو فاسد ، لما روى عن النبي عليه السلام ، أنه نهى عن الشرطين^(٧) في بيع .

• • •

ومنها - بيع الاتباع والأوصاف مقصودا ، وذلك نحو بيع الأولية من الشاة الحية والذراع والرأس ونحوها^(٨) ، وكذا يبيع ذراع من الثوب - لأنه تبع ، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر^(٩) ، وهو ذبح الشاة ، وقطع الثوب .

(١) في ب و هـ : « أو » .

(٢) في ب : « قبل » .

(٣) في هـ : « في الحال » .

(٤) راجع فيما تقدم ص ٥٥ - ٥٦ من هذا الجزء .

(٥) « واحد » من هـ .

(٦) في هـ : « أو بقفيز » .

(٧) في ب : « شرطين » . وفي هـ كذا : « شهرين » .

(٨) في ب : « ونحوها » .

(٩) في هـ كذا : « لأنه يبيع لا يمكن تسليمه إلا بضرورة » .

وكذلك يبيع جذع من ^(١)سقف . ولكن إذا نزع من السقف وسلم ^(٢)، جاز .

فأما يبيع قَفِيرٍ من صُبْرَةٍ ، أو يبيع عشرة دراهم من نُقْرَةٍ ^(٣) ونحوها ، فجائز ^(٤) ، لأنه ليس فى التبعض ضرر ، وهو ليس بتبع ^(٥) أيضا ، لأن القدر أصل فى المقدرات ^(٦) ، بخلاف الذرع فى الذرعات .

ومنها - يبيع المعدم الذى انعقد سبب وجوده ، أو ما هو على خطر الوجود - كبيع المضامين ، والملاقيح ^(٧) ، وتناج ^(٨) الفرس - لما روى عن النبي عليه السلام ، أنه نهى عن بيع المضامين ، والملاقيح ، وبيع حَبَلِ الْحَبَلَةِ ^(٩) .

ومنها - أن يشترط الأجل فى المبيع ^(١٠) العين أو الثمن العين ،

(١) فى - : « فى » .

(٢) فى ب : « وسلمه » .

(٣) النُقْرَةُ القطعة المذابة من النضة أو الذهب (المغرب) .

(٤) فى ب و - : « جاز » . وفى ب : « فأما إذا باع قفيرا من ... جاز » .

(٥) هكذا فى ب . وفى الأصل و - : « يبيع » .

(٦) فى - : « فى المدودات » .

(٧) المضامين ما فى الاصلاب ، جمع مضمون - والملاقيح ما فى الارحام ، جمع ملقوح

(ابن الهمام ، الفتح . ٥ : ١٩٢) .

(٨) النِّتَاج مصدر نتجت بالفهم ولكن أريد به المنتوج ههنا (الباری ، النایة ، ٥ : ١٩٢) .

(٩) « الحَبَلُ مصدر حَبِلَت المرأة حَبْلًا فهى حَبِلَتْ فسمي به المحمول كما سمي بالحمل ولما دخلت

عليه التاء لشعارا لمعنى الأنوثة فيه ، قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين لأن كان أتى ، وكانوا فى الجاهلية يتنادون ذلك ، فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم « الباری ، النایة ، ٥ : ١٩٢ » .

(١٠) فى - : « فى البيع » .

لأن الأجل في الأعيان لا يفيد ^(١) ، فلا يصح ^(٢) ، فيكون شرطاً لا يقتضيه العقد ، فيفسد البيع .

فأما في الثمن الدين : < ف > إن كان الأجل معلوماً : جاز ، وإن كان مجهولاً : لا يجوز - على ما مر ^(٣) .

ومنها - البيع بشرط . وهو أنواع :

إن شرطاً شرطاً بقتضيه العقد ، بأن اشترى ^(٤) شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيع أو يسلم المشتري الثمن ، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن ، فالبيع جاز ، لأن هذا شرط مقرر موجب ^(٥) العقد ، فإن ثبوت الملك ، والتسليم والتسلم ^(٦) ، من مقتضى المعاوضات .

وإن شرطاً شرطاً لا بقتضيه ^(٧) العقد ولكم ورد الشرع بمجازه - كالأجل والخيار - رخصة وتيسيراً ، فإنه لا يفسد العقد ، لأنه لما ورد الشرع به دل أنه من باب المصلحة دون المفسدة - وهذا جواب الاستحسان .

والقياس أن يفسد ، لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك ،

في الحال ، في العوضين معاً .

(١) في ح : « لا يقبل » .

(٢) في ب وح : « ولا يصح العقد » .

(٣) زاد هنا في ح : « ذكره » . راجع باب السلم (ص ٤ وما بعدها) .

(٤) في ب : « فإن اشترى » .

(٥) في ب : « لموجب » . وفي ح كذا : « شرط مقدر فيقدر يقتضى بموجب » .

(٦) « والتسلم » ليست في ح .

(٧) في ح : « لا يقتضى » .

ولكننا أخذنا بالاستحسان ، للحديث الوارد في باب الخيار .

وإن شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد ولم يرد الشرع به أيضاً لكنه يلائم العقد ويوافق ، وذلك نحو أن يشتري شيئاً بشرط أن يعطى للبائع كفيلاً بالثمن ، أو رهناً بالثمن ، <ف> هذا ^(١) على وجهين :

إما أن يكون الكفيل أو الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية أو لم يكن معلوماً بالإشارة والتسمية ^(٢) .

فإن لم يكن معلوماً ^(٣) - بأن قال «أبيعك بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن» ، ولم يسم رهناً ولا أشار إليه ، أو قال «بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن» ، ولم يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان - كان البيع فاسداً ، لأن هذه جهالة تفضى إلى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم ^(٤) .

وأما إذا كان معلوماً بالإشارة أو بالتسمية : فالقياس أن لا يجوز البيع ^(٥) - وبه أخذ زفر . وفي الاستحسان يجوز ، وهو قول علمائنا - وهو الصحيح ، لأن الرهن والكفالة بالثمن شرعا وثيقا للثمن ، فيكون بمنزلة اشتراط الجودة في الثمن ، فيكون شرطاً مقررراً لما يقتضيه العقد معنى .

ثم إنما يجوز البيع استحساناً في اشتراط الكفالة ، إذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبل .

(١) في الأصل ب و ح : « وهذا » .

(٢) « بالإشارة والتسمية » من ب .

(٣) « فإن لم يكن معلوماً » ليست في ب .

(٤) « والتسلم » ليست في ب .

(٥) « البيع » من ب و ح .

فأما إذا كان غائباً فإنه لا يجوز ، وإن بلغه الخبر فقبل^(١) ، لأن وجوب الثمن فى ذمة الكفيل مضاف إلى البيع ، فيصير الكفيل بمنزلة المشتري إذا كانت الكفالة مشروطة فى البيع ، وحضرة المشتري فى المجلس شرط لصحة الإيجاب من البائع ولا يتوقف إلى^(٢) ما وراء المجلس . فكذاك حضرة الكفيل ، بخلاف الرهن : فإن حضرته ليس<ت> بشرط فى المجلس ، لأن الرهن من المشتري ، وهو حاضر والتزم الرهن ، فالرهن صحيح^(٣) . ثم فى الرهن ما لم يسلم المشتري الرهن إلى البائع لا يثبت فيه^(٤) حكم الرهن ، وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، لأن الرهن لا يثبت فى حق الحكم^(٥) إلا بالقبض ، على ما عرف ، فإن سلم الرهن مضى^(٦) العقد على ما عقدا^(٧) ، وإن امتنع عن التسليم لا يجبر على التسليم عندنا ، وعند زفر يجبر ، لكن عندنا يقال للمشتري^(٨) : « إما أن تدفع الرهن أو قيمته ، أو تدفع الثمن ، أو تفسخ البيع » ، لأن البائع ما رضى بوجوب الثمن فى ذمة المشتري ، إلا بوثيقة الرهن ، وفى

(١) الفاء من ب و - . وفى الأصل : « وقبل » .

(٢) « إلى » ليست فى - .

(٣) « فالرهن صحيح » من ب .

(٤) فى - : « لا يثبت فى حق » .

(٥) « وإن انعقد عقد الرهن ... فى حق الحكم » ليست فى - .

(٦) فى - : « يصير » .

(٧) فى - : « على ما عرف » .

(٨) فى ب : « فإذا » .

(٩) فى - : « يقول البائع للمشتري » .

هذه الوجوه وثيقة ، فإن لم يفعل المشتري شيئا من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع ، لأنه فات غرضه ، فلا يكون العقد لازما ، فله أن يفسخ .

وقالوا في البيع : إذا شرط فيه رهن مجهول حتى فسد البيع ، ثم اتفقا على تعيين رهن في المجلس - إنه يجوز العقد . وإن افرقا عن المجلس ، تقرر الفساد ، لأن تمام القبول توقف على الرهن المشروط في العقد - ألا ترى أن > البائع لو قال للمشتري < ^(١) « قبلت الثمن بغير رهن » ، فإنه لا يصح البيع ^(٢) - فإذا لم يوجد الرهن ^(٣) لم يوجد القبول معنى ^(٤) ، فإذا عينا في المجلس جاز ، لأن المجلس بمنزلة حالة واحدة ، فصار كأنه قبل العقد في آخر المجلس ؛ وإن افرقا بطل .

وعلى هذا : إذا قال المشتري ^(٥) في الرهن المجهول « أنا أعطى الثمن » لم يفسد العقد ، لأن الغرض من الرهن هو الوصول إلى الثمن ، وهو حاصل ^(٦) ، فسقط اعتبار الوثيقة .

ولو شرط البائع في البيع أن يحمله المشتري بالثمن ، على غريم من غرمائه ، فهذا على وجهين :

(١) في الأصل و ب و ح : « المشتري لو قال للبائع » .

(٢) عبارة : « ألا ترى ... لا يصح البيع » ليست في الكاساني . ولعل المقصود أنه قال ذلك بعد الافتراق عن المجلس وتقرر الفساد فلا بد من إيجاب وقبول جديدين بدليل ما سياتي .

(٣) « لم يوجد الرهن » ليست في ب و ح .

(٤) في ب : « معنا » .

(٥) في ح : « للمشتري » .

(٦) في ح : « لأن الغرض من الرهن » وهو الوصول إلى الثمن ، حاصل » .

إن أحال بجميع^(١) الثمن ، فالبيع فاسد ، لأنه يصير بائعاً بشرط أن يكون الثمن على غير المشتري^(٢) ، وهو باطل .

وإن باع بشرط أن يحيل نصف^(٣) الثمن على فلان ، فهو جائز إذا كان حاضراً و^(٤) قبل الحوالة ، كما إذا باع عبداً من رجل بألف درهم على أن يكون نصفه على فلان وهو حاضر ، فقبل ، جاز - كذا هذا .

ثم إذا كان الكفيل والمحتال عليه غائبين عن المجلس ، فلم يحضرا^(٥) حتى افترق العاقدان ، فلا يصح البيع إلا بإيجاب مبتدأ ، لأن تمام العقد يقف على قبول الكفيل والمحتال عليه ، فجعل كأن القبول لم يوجد من المشتري في المجلس . ولو حضرا في المجلس ، وقبلا ، جاز ؛ كما لو قبلا ، عند العقد ، لأن المجلس له حكم ساعة واحدة .

ولو شرط المشتري في البيع « على أن يحيل^(٦) البائع على غريم من غرمائه بالثمن ليدفع إليه » ، أو باع بشرط « أن يضمن المشتري لغريم من غرمائه بالثمن^(٧) » ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الضمان والحوالة ثمة صار بمنزلة

(١) في ب و - : « إن باع بشرط أن يحتال بجميع » . لا أن في - : « يحيل » .

(٢) في ب : « على غيره » . وفي - كذا : « على غير الباطل » .

(٣) في ب : « بنصف » .

(٤) في - : « أو » - راجع فيما تقدم ص ٧١ .

(٥) في - : « فلم يحضر » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و - : « يحيله » .

(٧) لعل المعنى : أو باع البائع بشرط أن يضمنه المشتري لدائن من دائني البائع بمقدار الثمن الذي في ذمة المشتري للبائع - فغريم هنا بمعنى الدائن بخلاف غريم في الصورة الأولى فمعناها - على ما يظهر - مدين المشتري . والبراءة في الكاساني (٥ : ١٧٢ : ٧) : « ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع - فالبيع فاسد » .

اشتراط صفة الجودة في الثمن، لكونه توكيدا للثمن وتوثيقا له^(١)،
وشرط الضمان هنا ليس بصفة للثمن، بل هو شرط فيه منفعة العاقد، والعقد
لا يقتضيه، فيفسد البيع.

وإن شرطاً لا يقتضيه العقد ولا بهرته ولا عهدهما فيه منفعة إلا
أنه متعارف، بأن اشترى نملاً وشرا كما^(٢) على أن يحذوه^(٣) البائع، جاز
استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر.

ولكن أخذنا بالاستحسان، لتعارف الناس، كما^(٤) في الاستصناع.
ولو شرطاً لا يقتضيه العقد ولا بهرته ولا بتعارفه الناس^(٥) وفيه
منفعة لعهده العاقدين، بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع، أو ثوباً
على أن يخطه البائع، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع
شهرًا^(٦)، ونحو ذلك - فالبيع فاسد.

وهذا كله مذهب علمائنا.

وقال ابن أبي ليلى بأن البيع جائز، والشرط باطل.

وقال ابن شبرمة^(٧) بأن البيع جائز، والشرط جائز^(٨).

(١) في الأصل و ب و ح : « وتوثيقاً إياه » . انظر الكاساني ، ١٧١ : ٢٣ - ١٧٢ : ٣ .

(٢) التراك هو سير النمل الذي هو على ظهر القدم (المغرب) .

(٣) أى يعله (المغرب) . وفي ب : « يحذوه » .

(٤) « كما » ليست في ح .



(٥) في ب و ح : « وليس بمتعارف » .

(٦) « شهرًا » ليست في ح .

(٧) هو عبد الله بن شبرمة المحدث الثقة، وفقه أهل الكوفة، وقاضى أبي جعفر المنصور على

سوادها، وقد توفي سنة ٢٤٤ هـ . (النووى) .

(٨) « والشرط جائز » ليست في ح .

والصحيح قولنا، لأن اشتراط المنفعة الزائدة، في عقد المعاوضة، لأحد
العاقدين من باب الربا، أو شبهة الربا وإنه. < ا > ملحقة ^(١) بحقيقة الربا
في باب البيع احتياطاً .

ولو شرطاً شرطاً فيه ضرر لزم العاقدين بأن باع ثوباً أو حيواناً، سوى
الرقيق، بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه : ذكر في المزارعة الكبيرة ما يدل
على أن البيع بهذا الشرط لا يفسد ، فإنه ذكر أن أحد المزارعين لو
شرط ^(٢) في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو لا يهبه - قال ^(٣) :
المزارعة جائزة، والشرط باطل ، لأنه ليس لأحد المتعاملين ^(٤) فيه منفعة -
هكذا ذكر الحسن في المجرد .

وروى أبو يوسف في الأمالي ^(٥) < خلافه > : وهو قوله إن البيع
بمثل هذا الشرط فاسد .

والصحيح هو الأول .
ولوباع جارية بشرط أن يبطأها أو لا يبطأها ^(٦) : لم يذكر في ظاهر الرواية .
وروى ^(٧) عن أبي حنيفة أنه قال : البيع فاسد في الموضعين .

(١) في ب : « لأحد العاقدين في باب الربا شبهة الربا وشبهة الربا ملحقة » وفي ح : « من
الربا وشبهة الربا ملحقة » .

(٢) في ب : « أحد المزارعين يشترط » . (٣) في ب : « فإن » .

(٤) كذا في ح . وفي الأصل : « المتعاملين » . وفي ب : « المتعاملين » .

(٥) في ب و ح : « وروى عن أبي يوسف في الإملاء » . وفي الكسائي (١٧٠ : ٨ من

أسفل) : « وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع . . » راجع ما سيأتي ص ٧٦ - ٧٧ .

(٦) انظر في هذه المسألة : الكسائي ، ١٧٠ : ٥ - ١٧١ .

(٧) « وروى » ليست في ح . وفي ب : « روى » .

وروى عن محمد أنه قال ^(١) : لا تفسد في الموضعين .

وعن أبي يوسف أنه قال ^(٢) : إن باع بشرط أن يطأها فالبيع جائز ، وإن باع بشرط أن لا يطأها فالبيع فاسد .

فالحاصل أن البيع ، بشرط أن يطأها ، فاسد عند أبي حنيفة . وعندهما : جائز ، لأن إباحة الوطء حكم يقتضيه العقد ، فصار كما لو اشترى طعاما بشرط أن يأكله ، ونحو ذلك .

وأبو حنيفة يقول : هذا شرط لا يقتضيه العقد ، فإنه لو صح الشرط كان حكمه وجوب الوطء ^(٣) ، والبيع لا يقتضيه ، وفيه نفع للمعقود عليه ^(٤) ، وهو من أهل استحقاق الحق ^(٥) على مولاه في الجملة ، فإنه يستحق النفقة عليه ؛ بخلاف ما إذا باع حيوانا بشرط أن يعلفه ^(٦) ، لأنه ليس من أهل ^(٧) استحقاق الحق على مالكه .

وأما البيع بشرط أن لا يطأها : < فقد > قال أبو حنيفة وأبو يوسف ^(٨) :

البيع فاسد . وعلى قول محمد : جائز

وهو ^(٩) قياس ما روى أبو يوسف عنه ^(١٠) في الأثمالى : إذا باع

(١) و (٢) « قال » من ب و ح .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « وجوب حكم الوطء » .

(٤) في ح كذا : « وفيه نفع المعقود عليه » .

(٥) في ب : « العقد » . (٦) في ب : « أن لا يعلفه » .

(٧) « أهل » ليست في ح .

(٨) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « قالا » .

(٩) الظاهر من سياق العبارة أن المقصود رأى أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١٠) يظهر أن المقصود : عن أبي حنيفة .. راجع فيما تقدم ص ٧٥ .

طعاما بشرط أن لا يأكل أو لا يبيع: <ف> إن البيع فاسد .
 فأما على قياس ما ذكر في المزارعة الكبيرة^(١): <ف> يجب أن يكون
 الجواب على قول أبي حنيفة في هذه المسألة^(٢) مثل قول محمد .
 ولو اشترى عبدا بشرط أن يعتقه المشتري : قال علماؤنا: البيع فاسد^(٣) -
 حتى لو أعتقه المشتري قبل القبض لم ينفذ عتقه ، وإن أعتقه بعد القبض
 عتق ، فانقلب^(٤) العقد جائزا ، استحسانا ، في قول أبي حنيفة ، حتى يجب
 عليه الثمن .
 وقال أبو يوسف ومحمد^(٥) : لا ينقلب العقد جائزا إذا أعتقه ، حتى يجب
 عليه قيمة العبد .

وروى عن أبي حنيفة مثل قولهما .
 وقال الشافعي ، في أحد قوليهِ : إن البيع بهذا الشرط جائز .
 وقد^(٦) روى أبو يوسف عن أبي حنيفة مثله .
 والصحيح قول أبي حنيفة ، لأن هذا شرط^(٧) يلائم العقد من وجه
 دون وجه : <ف> من حيث إن الائتاق إزالة الملك ، يكون تغييراً

(١) راجع فيها تقدم ص ٧٥ .

(٢) « في هذه المسألة » من ب و هـ .

(٣) في هـ تكرار هنا .

(٤) في هـ : « وانقلب » .

(٥) هكذا في ب و هـ . وفي الأصل : « وقالوا » .

(٦) « قد » من ب .

(٧) في هـ : « الشرط » .

لحكم العقد^(١)، ومن حيث إنه إنهاء للملك، يكون ملائماً له، لأن فيه تقريراً^(٢)، فقلنا بفساد البيع في الابتداء والجواز في الانتهاء، عملاً بالدليلين؛ وبالعكس لا يكون عملاً بهما، لأننا نجد فاسداً ينقلب جائزاً، كما في بيع الرقم، ولكن لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً، فكان الوجه الأول أولى. ولو باع بشرط التديير والكتابة، وفي الأمة بشرط الاستيلاد،

فالباع فاسد، ولا ينقلب إلى الجواز عند وجود الشرط، لأن هذا شرط لا يلائم البيع، لأنه^(٣) لا يثبت إنهاء الملك^(٤) هنا يتيقن، لاحتمال أن القاضي يقضى بالجواز في التديير والاستيلاد فلا يتقرر حكمه^(٥).

ولو باع الثار على الأشجار والزرع الموجودة، هل يكون البيع فاسداً؟ فهذا لا يخلو من وجوه: إما إن كان قبل الإدراك أو بعده، بشرط القطع أو بشرط الترك:

(١) في ح: «يكون معتبراً بحكم البيع».

(٢) في ب و ح: «لأنه تقرير».

(٣) هكذا في ب و ح. وفي الأصل كذا: «لأنها» - والمقصود تحقق الشرط.

(٤) في ب: «لا يثبت أنها بدل بالملك».

(٥) علة لخالفته لمقتضى العقد والمعنى أن اشتراط العتق في البيع على المشتري اعتبر ملائماً للعقد من ناحية أنه ينتهي به الملك والشيء لا ينتهي إلا بعد أن يتقرر ويتحقق وجوده فكان اشتراط العتق مقرراً من هذه الناحية للملكية المشتري بالعقد فكان موافقاً له أما التديير والاستيلاد فلا يترتب عليهما إنهاء ملك المشتري يتيقن لجواز أن القاضي يقضى بجواز بيع المدبر والمستولد كما هو رأى بعض السلف وفي هذا القضاء دليل على بقاء ملك المشتري وعدم انتهائه بالتديير والاستيلاد وبذلك لا يمكن أن يقال إن حكم العقد الصادر للمشتري قد تقرر بالتديير والاستيلاد. وعلى ذلك لا يكون موافقاً للعقد كما هو الحال في الإعتاق على ما بينا. (راجع الكاساني ح ٥ ص ١٧٠).

(٦) في ب و ح: «ولو اشترى الثار على الأشجار والزرع الموجودة بشرط الترك هل...»

وما في المتن هو الصحيح كما يتبين مما يلي.

فإن كان قبل الادراك : <ف> إن كان بشرط القطع جاز ، وإن اشترى مطلقا جاز .

وقال الشافعي ^(١) : إن اشترى بشرط القطع : جاز . وإن اشترى مطلقا : لا يجوز ، لأنه صار شارطا ^(٢) للترك دلالة .

ولكن الصحيح قولنا ، لأنه اشترى ما هو مال ، وإن كان لا يتكامل الانتفاع به ^(٣) ، بمنزلة شراء الجحش ، والكلام المطلق لا يحمل على المقيد خصوصا إذا كان في ذلك فساد العقد .

وأما إذا باع بشرط الترك : فهو فاسد ، بخلاف بين أصحابنا ، لأنه شرط فيه منفعة للمشتري ، فصار كما لو اشترى حنطة بشرط أن ^(٤) يتركها في دار البائع شهرا ،

هذا إذا باع قبل أن يبدو صلاحها ^(٥) . وأما إذا باع بعد بدو صلاحها مطلقا ، أو بشرط القطع - جاز .

ولو باع بشرط الترك : لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٦) . وقال محمد : إن تناهى عظمها جاز ؛ وإن لم يتناه عظمها ^(٧) لا يجوز ، لأن الناس تعاملوا ^(٨) ذلك من غير تكبير .

(١) « الشافعي » ليست في ح .

(٢) في ح : « شرطا » .

(٣) « به » ليست في ب و ح .

(٤) « بشرط أن » ليست في .

(٥) « هذا ... صلاحها » من ب .

(٦) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « عندهما » .

(٧) « عظمها » من ب و ح .

(٨) في ح : « تعاملوا تمارفوا » .

والصحيح قولهما ، لأن هذا شرط فيه منفعة للمشتري ، والعقد لا يقتضيه ، والتعامل لم يكن بشرط الترك ، ولكن الإذن معتاد بلا شرط^(١) في العقد .

ولو اشترى مطلقاً ، وتركها على النخل^(٢) ، من غير شرط الترك ، ولم يتناه عظمها^(٣) :

فإن كان ذلك بإذن البائع : جاز ، وطاب له الفضل .

وإن ترك^(٤) بغير إذن البائع : تصدق بما زاد على ما كان عند العقد ، لأنه حصل : من وجه ، بسبب محذور .

وإن أخرج النخل والشجر في مدة الترك^(٥) ثمرة أخرى ، فذلك كله للبائع ، سواء كان الترك بإذنه أو بغير إذنه . وإن جللها^(٦) منه البائع : جاز ، لأن هذا الحادث لم يقع عليه العقد ، وإنما هو نماء ملك البائع ، فيكون له ، فإن اختلط الحادث بالموجود وقت العقد ، بحيث لا يمكن التمييز بينهما : فإن كان قبل أن يخلى البائع بين المشتري والثمار : ففسد البيع ، لأن المبيع صار مجهولاً بحيث يتعذر تسليمه حال وجوب التسليم ، والعجز عن التسليم مفسد للبيع . وإن كان ذلك بعد^(٧) التخلية : لم يفسد البيع ، وكانت

(١) في ح : « ولكن الإذن الاجل معتاد بالشرط » .

(٢) في ب : « ولو اشترى مطلقاً ثماراً أو تركها على النخل » .

(٣) « الترك ولم يتناه عظمها » ليست في ح .

(٤) في ب و ح : « وإن كان » .

(٥) في ب : « في يده مدة الترك » .

(٦) أى قطها وحصدها - وفي المغرب : « والجل بالكسر قصب الزرع إذا حصد وقطع » .

(٧) في ح : « قبل » وهو خطأ .

الثمرة بينهما ، والقول فى الزيادة قول المشتري ، لأن البيع قد تم بعد القبض .

فأما إذا اشترى ثمرة قد تنهى عظمها ، وتركها على الشجرة ، بغير إذن البائع - لم يتصدق بشئ ، لانهما^(١) لا تزيد بعد التنهى ، بل تنقص ، فلم يحصل له < ا >^(٢) زيادة بسبب محذور .

فأما فى الزرع ، فالنماء يكون للمشتري طيبا ، وإن تركه^(٣) بغير إذنه ، لانه نماء ملك المشتري ، لأن الساق ملكه ، حتى يكون التبن له ، بخلاف الشجرة .

وأما الزرع التى يوجد بعضها بعد وجود بعض ، كالباذنجان والبطيخ والكرات ونحوها : < فقد > قال أصحابنا : يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الأول ، ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، لانه بيع معدوم .

وقال مالك : إذا ظهر الخارج الأول ، جاز بيع الكل ، لأجل الضرورة - إلا أنا نقول : لا ضرورة ، فإنه يمكنه بيع الأصل ، بما فيه من الثمر ، فيصير الأصل ملكا له ، فبعد ذلك : ماتولد من الأصل ، يحدث على ملكه .

ومنها - أن يشتري شيئا بثمن معلوم ، ثم يبيعه من البائع ، بأقل مما باعه ،

قبل نقد الثمن .

(١) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « لانه » .

(٢) فى الأصل وب : « له » . وفى ح : « به » .

(٣) فى الأصل : « تركها » . وفى ب و ح : « ترك » .

فإن باعه بجنس الثمن الأول: بأن اشتراه بألف درهم، ثم باعه منه ^(١) بخمسمائة درهم ^(٢)، قبل نقد الثمن، فهو فاسد عندنا.

وعند الشافعي: صحيح.

وإن كان بخلاف جنس الثمن الأول: جاز.

والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها، في قصة زيد بن أرقم ^(٣) - وهو معروف ^(٤).

. . .

ثم ما ذكرنا من الشروط - التي إذا ^(٥) أدخلها في نفس العقد يكون مفسدا للعقد ^(٦) - إذا اعترض <ت> على العقد الصحيح، هل يفسد العقد؟ عند أبي حنيفة: يفسد ^(٧)، ويلتحق بأصل العقد، بمنزلة اشتراط الخيار في العقد البات، والزيادة، والحلط، في الثمن ^(٨).

(١) « منه » ليست في ح . والمبارة فيها : « فإن كان يحبس الثمن الأول فاشتراه بألف درهم ثم باعه بخمسمائة ».

(٢) « درهم » من ب و ح .

(٣) خرزجى مدني من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد غزا معه صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وقد روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ونزل الكوفة وتوفي بها سنة ٥٠٦ هـ . (أو سنة ٦٨ هـ) (النووى) . وفي ح : « أسلم بن أرقم » .

(٤) في ح : « وهى معروفة » . وهو « أن امرأة سألت عائشة رضي الله عنها ، فقالت :

إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، واشترأها مني بستائة - فقالت عائشة : أبلني زيد بن أرقم رضي الله عنه أن الله تعالى قد أبطل جهاده لأن لم يتب » (أبو يوسف ، الآثار ، رقم ٨٤٣) - وارجع أيضا إلى : محمد ، الآثار ، ص ١٠٦ ؛ والحجج ، ص ٢٥٤ . وكذا المرغيناني ، الهداية ، ٥ : ٢٠٨ . والبارني ، العناية - وابن الهمام ، فتح القدير : نفس الصفحة .

(٥) « إذا » ليست في ح . وفي ب : « أو » .

(٦) « يكون مفسدا للعقد » ليست في ب .

(٧) في ب و ح : « يفسده » .

(٨) في ح : « في الثمن والمتن » .

وعندهما: لا يلتحق ، ويبطل الشرط - والمسألة معروفة .

• • •

وأما حكم البيع الفاسد ، فنقول :

هذا على وجهين :

إن كان الفساد من قبل المبيع ، بأن كالمحرم ما، نحو الخمر والخنزير وصيد الحرم والأحرام ، فالبيع باطل : لا يفيد الملك أصلاً ، وإن قبض ، لأنه لا يثبت الملك في الخمر والخنزير ^(١) للمسلم بالبيع ^(٢) ، والبيع لا ينعقد بلا مبيع ^(٣) .

وكذلك : إذا باع الميتة ، والدم ، وكل ما ليس بمال متقوم .

وكذلك : إذا باع المدبر ، وأم الولد ، والمسكاتب ، والمستسمى ، ونحو ذلك .

وكذلك الصيد الذي ذبحه المحرم ، أو صيد الحرم ^(٤) إذا ذبح : فإنه يكون ميتة ، فلا يجوز بيعه .

• • •

وإن كان الفساد يرجع للثمن :

فإن ذكر ما هو مال في الجملة شرعاً ، أو ما هو مرغوب عند الناس لا يوجد مجاناً بغير شيء ، كما إذا باع بالخمر ^(٥) ، والخنزير ، وصيد الحرم ،

(١) « والخنزير » من أ .

(٢) « بالبيع » ليست في ب .

(٣) في أ : « لا ينعقد بل يمتنع » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل و : « المحرم » .

(٥) في أ : « الخمر » .

والإحرام^(١) : فإن البيع ينقذ بقيمة المبيع ، ويفيد^(٢) الملك في المبيع ، بالقبض ، لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضها البيع ، فينقذ بيعا ، بقيمة المبيع .

وكذلك إذا جعل^(٣) الثمن مدبرا ، أو مكاتبا ، أو أم ولد ، لأنه مرغوب فيه .

وإذا جعل الميتة والدم ثمنا : <فقده> اختلف المشايخ .

وكذلك لو باعه بما يرعى < به > إبله في أرضه من السكلا ، أو بما يشرب دابته من ماء بئر^(٤) ، لأنه ذكر شيئا مرغوبا فيه .

وكذلك إذا كان الفساد بإدخال شرط فاسد ، أو باعتبار الجهالة ، ونحو ذلك .

وإن ذكر المبيع والثمن ، فهو على هذا : يفيد الملك ، بالقيمة ، عند القبض . وهذا كله عندنا .

وعند الشافعي : البيع فاسد ، لا يفيد الملك أصلا - والمسألة معروفة . وعلى هذا : لو قال « بعت منك هذا العبد » ولم يذكر الثمن ، ينقذ البيع بالقيمة . ولو قال « بعت منك هذا العبد بقيمة » فكذلك .

. . .

(١) في الأصل : « والإحرام حرام » ويظهر أن « حرام » هذه هي الجزء الأخير من كلمة « الإحرام » كرده الناسخ . و « الإحرام » ليست في ب .

(٢) في ح : « ويفسد » .

(٣) في ح : « جعل » .

(٤) في ح : « نهر » .

سم في البيع الفاسد ، إنما يملك بالقبض إذا كان بإذن البائع . فأما إذا كان بغير إذنه فهو كما لو^(١) لم يقبض - هذا هو المشهور من الروايات عن أصحابنا .

وذكر محمد في الزيادات : إذا قبضه^(٢) بحضرة البائع ، فلم ينهه وسكت : إنه يكون قبضا ، ويصير ملكا له ، ولم يحك خلافا .

وقد قال أصحابنا فيمن وهب هبة : والقياس^(٣) أن لا يملكها الموهوب له حتى يقبضها^(٤) بإذن الواهب أو < بتسليمها >^(٥) إليه . إلا أنهم استحسنوا وقالوا : إذا قبضها في مجلس العقد ، بحضرة الواهب ، ولم ينهه ، وسكت : جازت ، ويفيد الملك . وإذا قبض ، بعد الافتراق عن المجلس ، بحضرة : لا يصح القبض ، وإن سكت - لأن الملك من^(٦) الموهوب إنما يقع بالعقد والقبض^(٧) فيكون الاقدام على إيجاب الهبة إذنا بالقبض ، كما يكون إذنا بالقبول ، وبعد الافتراق عن المجلس لا يكون إذنا بالقبول ، وكذلك^(٨) لا يكون إذنا بالقبض - فعلى هذا ، يجب أن يكون في

(١) « لو » من ب .

(٢) الهاء من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « فالقياس » . ولعل الاوضح أن يقال : « القياس » .

(٤) « لا » ليست في ب .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « يقبضه » .

(٦) في الأصل : « تسليمه » . وفي ب : « بتسليمه » . وفي ح : « سلمها » .

(٧) في ح : « في » .

(٨) « والقبض » ليست في ح .

(٩) في ب : « فكذا » . وفي ح : « هذا » .

البيع الفاسد : فى مجلس العقد يكون إذنا بالقبض ، وبعد الافتراق : لا يكون إذنا .

. . .

ثم المشتري شراء فاسدا هل يملك التصرف فى المشتري ، وهل يكره ذلك ؟ فنقول :

لا شك أنه قبل القبض لا^(١) يملك تصرفا ما لعدم الملك .

فأما بعد القبض : <ف> يملك التصرفات^(٢) المزية للملك^(٣) من كل وجه أو من وجه ، نحو الإعتاق ، والبيع ، والهبة والتسليم ، والتدبير ، والاستيلاء ، والكتابة ، لأن هذه التصرفات ، تزيل حق الانتفاع بالحرام^(٤) .

ولكن هل يباح له التصرفات التى فيها انتفاع بالمبيع مع قيام الملك ؟ اختلف المشايخ :

قال بعضهم : لا يباح الانتفاع به - حتى لا يباح^(٥) له الوطء إن كانت جارية^(٦) ، ولا الاكل إن كان طعاما ، ولا الانتفاع به إن كان دارا أو دابة أو ثوبا .

(١) « لا » من ب و ح .

(٢) « له » من ب و ح .

(٣) « الملك » ليست فى ح .

(٤) فى ب : « الانتفاع بالحرية » . وفى ح : « بالحق له »

(٥) « لا يباح » ليست فى ح .

(٦) « إن كانت جارية » ليست فى ح .

وبعض مشايخنا قالوا : لا يباح له الوطء لا غير ، <و> يباح^(١) له^(٢) سائر أنواع الانتفاعات .

فالأولون قالوا : إن هذا ملك خيـث ، فلا يظهر الملك في حق حل الوطء والانتفاع^(٣) احتياطاً . والآخرون قالوا : إن المالك سلطه على التصرف ، وأباح له التصرف : فكل^(٤) تصرف يباح بالأذن يباح بهذا البيع ، والوطء لا^(٥) يباح بإذن المالك فلا^(٦) يباح بالتسليط ، بخلاف سائر الانتفاعات .

. . .

وأما الكراهة - <فنقول> :

ذكر الكرخي وقال : يكره التصرفات كلها ، لأنه يجب^(٧) عليه الفسخ لحق^(٨) الشرع ، وفي هذه التصرفات ، إبطال حق الفسخ ، أو تأخير فـيـكره^(٩) .

وقال بعض مشايخنا : لا يكره التصرفات المزيلة للملك ، لأنه يزول الفساد بسببها^(١٠) .

(١) في الأصل و - : « فأما يباح » . وفي ب : « فأما ما يباح »

(٢) « له » من ب و - .

(٣) « والانتفاع » ليست في -

(٤) في ب و - : « وكل » .

(٥) و(٦) في - : « ولا » .

(٧) في ب و - : « كلها ويجب » .

(٨) في - : « بحق » .

(٩) الفاء من ب و - .

(١٠) « بسببها » ليست في - .

فأما التصرفات التي ^(١)توجب تقرير ^(٢)الملك الفاسد ، فإنه يكره .
والصحيح هو الأول .

ثم المشتري شراء فاسدا إذا تصرف في المشتري بعض القبض :
فإن كان تصرفا مزيلا للملك من كل وجه ، كالإعتاق والبيع والهبة -
فإنه يجوز ، ولا يفسخ ، لأن الفساد قد زال بزوال الملك ^(٣) .

وإن ^(٤)كان تصرفا مزيلا للملك من وجه أو لا يكون مزيلا
للملك : < ف > إن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالندير ، والاستيلاء ،
والكتابة ، فإنه يبطل حق الفسخ .

وإن كان يحتمل الفسخ ^(٥) : إن كان يفسخ بالعدر ، كالأجارة ، فإنه
يفسخ الأجارة ، ثم يفسخ البيع ، بسبب الفساد ، ويجعل حق الفسخ بسبب
الفساد ^(٦) عذرا في ^(٧)فسخ الأجارة .

ولو زوجها من إنسان ، بعد القبض ، فإن النكاح لا يمنع الفسخ ،
والنكاح بحاله ، لأنه زوجها وهي ^(٨)مملوكة له ، فصح نسكاحها ، والنكاح
مما ^(٩)لا يحتمل الفسخ ، فبقى النكاح .

(١) هكذا في ا و ب . وفي الأصل : « الذي » .

(٢) في ب : « تقرر » . وفي ح كذا : « بطريق » .

(٣) وزاد في ح هنا : « وإن كان الملك » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فإن » .

(٥) « الفسخ » من ب .

(٦) « ويجعل حق الفسخ بسبب الفساد » ليست في ب .

(٧) في ح : « في حق فسخ » . وفي ب : « عذرا لفسخ » .

(٨) « هي » من ب . وفي ح : « وهو » . وفي الأصل : « وبقى » .

(٩) « مما » من ب .

ولو أوصى بالعبد المبيع يباع فاسداً ، فإنه يفسخ^(١) ، لأن الوصية مما يحتمل الرجوع .

ولو مات الموصى قبل الفسخ ، سقط الفسخ ، لأن الملك انتقل إلى^(٢) الموصى له ، فصار كالباع .

ولو مات المشتري شراء فاسداً ، فورثه الورثة . فللبائع حق الفسخ ، وكذا للورثة^(٣) ، لأن الوارث يقوم مقام الميت^(٤) في حق الفسخ ، ولهذا يرد بالعيب ، ويرد عليه^(٥) ، بخلاف الموصى له .

. . .

ولو حصل في^(٦) المبيع ، يباع فاسداً ، زيادة منفصلة^(٧) ، كالولد ، والتمر ، واللبن ، أو الأرض بسبب تفويت بعضه ، فإنه لا يمنع الفسخ ، بل للبائع أن يأخذ المبيع مع الزوائد ويفسخ البيع ، لأن قبض المشتري شراء فاسداً بمنزلة قبض النصب .

ثم إذا^(٨) أخذ الولد فإن^(٩) كانت الولادة نقصت الجارية ، نظر في

(١) في ب : « يفسخ » .

(٢) هـ إلى « ليست في ح » .

(٣) في ب و ح : « الورثة » .

(٤) في ب و ح : « المورث » .

(٥) « ويرد عليه » ليست في ب .

(٦) في ب : « من » .

(٧) « منفصلة » من ب و ح . وفي الأصل : « متصلة » وهو خطأ .

(٨) « إذا » ليست في ح .

(٩) الفاء من ح .

قيمة الولد : فإن كان فيه وفاء بالنقصان : فلا شيء على المشتري . وإن لم يكن فيه وفاء : غرم تمام النقصان .

وإن وطئ المشتري المبيعة بيعا فاسدا فهذا على وجهين :

إن لم يعلقها : فللبائع أن يسترد الجارية ، ويضمن المشتري عقرها للبائع ، باتفاق الروايات ، بخلاف الجارية الموهوبة إذا وطئها الموهوب له ثم رجع الواهب : فإنه لا يضمن للواهب عقرها ، لأنه ^(١) وطئ ملك نفسه ^(٢) ، ملكا مطلقا ، في حق حل ^(٣) الوطء وغيره ، وبالرجوع لم يظهر أن الملك لم يكن - أما في البيع الفاسد : < ف > لم يظهر الملك في حق حل ^(٤) الوطء ، لكن ^(٥) لم يحدد للشبهة ^(٦) ، فيجب العقر .

وإن أعلقها ^(٧) وادعى الولد : يثبت نسب الولد منه ، وتصير الجارية أم ولد له ، وللبائع أن يضمن المشتري قيمة الجارية ويبطل حقه في الجارية . وإذا وجبت القيمة هل يجب العقر ؟ .

ذكر في كتاب البيوع وقال : لا عقر عليه .

وذكر في كتاب الشرب وقال : عليه العقر ^(٨) .

(١) « لأنه » من ب و ح .

(٢) « ملك نفسه » ليست في ب .

(٣) « حل » ليست في ب . وفي ح : « محل » .

(٤) في ح : « محل » .

(٥) « لكن » ليست في ح .

(٦) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « الشبهة » .

(٧) « أعلقها » من ب و ح . وفي الأصل : « أعتقها » .

(٨) « العقر » من ب و ح .

ولو أحدث المشتري فى المبيع ، ييما فاسدا ، صنعا ^(١) ، لو ^(٢) فعله الغاصب فى المنصوب يصير ملكا له بالقيمة - كما إذا طحن الخنطة أو خايط الثوب قيصا ونحو ذلك - ينقطع حق البائع فى الفسخ ^(٣) ، ويلزمه قيمته يوم القبض كما فى الغصب .

وكذلك لو كان المبيع ساجة ^(٤) فأدخلها ^(٥) فى بنائه .

وإن كان المبيع أرضا ، فبنى فيها المشتري ، فليس للبائع أن ينقض البيع عند أبى حنيفة رضى الله عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للبائع أن ينقض ، كما فى الغصب ، فإن الغاصب إذا بنى على الأرض المنصوبة لا ينقطع حق المالك - فكذا هذا . وأبو حنيفة يقول : إن المبيع صار ملكا له ، وفى النقص ضرر كثير ، فلا ينقض ، بخلاف الغاصب ^(٦) .

(١) فى - : « غصبا » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « أو » . وفى - : « ... ييما فاسدا غصبا أو فعله الغاصب » .

(٣) هكذا فى ب و - . وفى الأصل : « فى حق الفسخ » .

(٤) الساج شجر عظيم صلب الخشب . الواحدة ساجة (المنجد) .

(٥) فى - : « وأدخلها » .

(٦) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

خيار الشرط

الكلام فى خيار الشرط فى مواضع :

أحدها - فى بيان شرط^(١) الخيار المفسد ، والذى ليس بمفسد ،

والثانى - فى بيان مقدار مدة الخيار ،

والثالث - فى بيان ما يسقط الخيار ،

والرابع - فى بيان عمل^(٢) الخيار وحكمه ،

والخامس - فى بيان كيفية الفسخ والإجازة .

أما الأصول - فنقول :

إن الخيار المفسد ثلاثة أنواع : بأن^(٣) ذكر الخيار مؤبدا بأن قال « بعت ، أو اشتريت ، على أنى بالخيار أبدا » ؛ أو ذكر الخيار مطلقا ولم يبين وقتا أصلا ، بأن قال « على أنى بالخيار » ؛ أو ذكر وقتا مجهولا ، بأن قال « على أنى بالخيار أياما » و^(٤) لم يبين وقتا معلوما ،

والجواب فى هذه الفصول الثلاثة أن البيع فاسد .

وأما الخيار المشروع فنوع واحد وهو أن يذكر وقتا معلوما ، ولم يجاوز

(١) فى الأصل : « الشرط » .

(٢) فى ح : « محل » . والعبارة مكررة فى ب .

(٣) فى ب و ح : « فإن » .

(٤) فى ب : « أو » .

عن الثلاثة ، بأن قال « على أنى بالخيار يوما أو يومين ^(١) أو ثلاثة أيام » .
وهذا قول عامة العلماء ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .
وقال سفيان الثوري ^(٢) وابن شبرمة ^(٣) : إن كان الخيار للمشتري
يجوز ، وإلا فلا .

وأصل هذا أن اشتراط الخيار ، كيفما كان ، شرط يتنافى موجب العقد ،
وهو ثبوت الملك عند العقد - وإنما عرفنا جوازه بحديث حبان بن منقذ ^(٤) ،
بخلاف القياس ، والحديث ورد بالخيار في مدة معلومة ، وهى ثلاثة أيام ،
فبقى ما وراء ذلك على أصل القياس ، إلا إذا كان ذلك فى معناه .

وأما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهرا : < ف > قال أبو حنيفة وزفر رحمهما
الله بأن البيع فاسد ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله بأنه جائز .
والصحيح ما قاله أبو حنيفة ، لما قلنا إنه شرط مخالف لمقتضى العقد ، والشرع
ورد فى ثلاثة أيام ، فبقى ما زاد عليه < يا > ^(٥) على أصل القياس .

وأما بيان ما يسقط الخيار - فنقول :

إن الخيار بعد ثبوته يسقط بعمان ثلاثة : إما بالانسقاط صريحا ،

(١) « أو يومين » ليست فى ح .

(٢) تقدم فى ص ١٤٩ هامش ه من الجزء الأول .

(٣) تقدم فى ص ٧٤ هامش ٦ من هذا الجزء .

(٤) صحابى مشهور شهد أحدا وما بعدها وتوفى فى خلافة عثمان (النووى) .

والحديث هو ما روى أن حبان بن منقذ كان يفتن فى التجارات فشكا أهله إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال له : « إذا بايت فقل : لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام » الكاسانى ،
٥ : ١٧٤ : ١٦ . والخلاية هى الحديثة - أى لا تازمنى خديعتك ، ولى الخيار .

(٥) « عليه » ليست فى ب .

أو بالإسقاط بطريق الدلالة ، أو بطريق الضرورة ^(١) .

أما بالإسقاط صريحا < ف > بأن يقول « أسقطت الخيار ، أو « أبطلته » ^(٢) ، أو « أجزت البيع » ، أو « رضيت به » . فيبطل الخيار ، لأن الخيار ^(٣) شرع للفسخ ، فإذا سقط يبطل ^(٤) الخيار ، والأصل هو لزوم العقد ونفاذه ، فإذا بطل عاد الأصل .

وكذلك إذا قال « فسخت العقد » أو « نقضته » أو ^(٥) « أبطلته » يسقط الخيار ، لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة ، فأيهما وجد سقط .

وأما الإسقاط ^(٦) بطريق الدلالة < ف > هو ^(٧) أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدل على إبقاء الملك وإثباته ، فالأقدام عليه يبطل خياره تحقيقا لغرضه .

إذا ثبت هذا فنقول :

إذا كان الخيار للمشتري ، والمبيع في يده ، فمعرضه على البيع ، يبطل خياره ، لأن عرض المشتري المبيع على البيع ^(٨) ، لا خياره الثمن ، ولا

(١) « إما بالإسقاط ... الضرورة » من ب و ح

(٢) الهاء من ب .

(٣) « لأن الخيار » ساقطة من ح .

(٤) « يبطل » ساقطة من ح . وفي ب : « بطل » .

(٥) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « و » .

(٦) « يسقط الخيار لأن الخيار ... وأما الإسقاط » ساقطة من ب .

(٧) في الأصل و ب و ح : « وهو » .

(٨) « على البيع » ليست في ب و ح .

يصير الثمن ملكاً له إلا بعد ثبوت الملك فى المبدل ، فيصير مختاراً للملك ، ولا يكون ذلك إلا بإبطال الخيار ، فيبطل بطريق الدلالة .

وأما الخيار إذا كان للبائع فمعرضه على البيع : < ف > لم يذكر فى ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة روايتان .

والأصح أنه يكون إسقاطاً لخياره ، لأنه دليل إبقاء الملك ، لأنه لا يصل إلى الثمن من غيره إلا بالتملك منه ، وذلك لا يكون إلا بإسقاط الخيار وفسخ العقد الأول .

ولو أن المشتري إذا كان له الخيار فى عبد فباعه ، أو أعتقه ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو رهنه ، أو وهبه - سلم أو لم يسلم ^(١) ، أو آجره ^(٢) ، فإن هذا كله منه ^(٣) اختيار للإجازة ، لأن نفاذ هذه التصرفات مختصة بالملك ، فيكون الإقدام عليها دليل قصد إبقاء ^(٤) الملك ، وذلك بالإجازة .

ولو وجدت هذه التصرفات من البائع الذى له الخيار ، يسقط خياره أيضاً ، لأنه لا يصح هذه التصرفات إلا بعد نقض التصرف الأول ، إلا أن فى الهبة والرهن لا يسقط الخيار إلا بعد التسليم ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري ، ووجد منه الرهن والهبة بلا تسليم ، لأن الهبة والرهن بلا تسليم لا يكون دون العرض على البيع ، وذلك يسقط خيار المشتري دون البائع فى

(١) فى - : « وسلمه أو لم يسلمه » .

(٢) الهاء من ب .

(٣) « منه » ليست فى - .

(٤) « إبقاء » ليست فى ب و - .

رواية^(١) ، فكذلك هذا .

وأما الإجارة : < ف > ذكر في البيوع : الأصل^(٢) أنه يكون اختياراً من البائع والمشتري من غير شرط قبض .
وذكر في بعض الروايات ، وشرط قبض المستأجر .
والأصح أنه لا يشترط ، لأن الإجارة عقد لازم ، بخلاف الهبة ، والرهن ، قبل القبض : فإنه غير لازم .

ولو كان المبيع جارية فوطئها البائع أو المشتري إذا كان له الخيار : يسقط الخيار : أما في البائع < فلائنه > وإن^(٣) كان الملك قائماً للحال ولكن لو لم يسقط الخيار بالوطء فإذا أجاز تبين أنه وطئ جارية الغير^(٤) من وجهه ، لأنه يثبت الملك للمشتري بطريق الإِسْنَاد . وأما في المشتري < ف > لهذا المعنى أيضاً^(٥) ، ولمعنى آخر عند أبي حنيفة خاصة ، لأن الجارية المبيعة لا تدخل في ملك المشتري إذا كان الخيار له ، والوطء لا يحل بدون الملك ، فلا إقدام على الوطء دليل اختيار الملك .

ولو لمسها المشتري لشهوة ، وله الخيار - سقط ، لأنه لا يحل بدون الملك .

وإن لمس لا عن شهوة ، لا يسقط ، لأنه يحتاج إلى ذلك في الجملة ،

(١) « في رواية » ليست في ب . راجع ما تقدم ص ٩٤ - ٩٥ .

(٢) في ح : « ذكر في بيع الأصل » .

(٣) في ب : « فإن » .

(٤) « الغير » ليست في ح .

(٥) « أيضاً » ليست في ب .

للاختبار^(١) ، لتعرف لينها وخشونتها .

ولو نظر إلى فرجها لشهوة^(٢) : سقط ، لما قلنا .

ولو نظر بغير^(٣) شهوة : لا يسقط ، لأن النظر إلى الفرج لا عن شهوة قد يباح عند الحاجة والضرورة ، كما في حق القابلة والطبيب ، والمشتري حاجة في الجملة .

ولو نظر إلى سائر أعضائها عن شهوة : لا يسقط ، لأنه يحتاج إليه ، للامتحان ، في الجملة .

وكذلك الجواب في حق البائع : ففي الممس عن شهوة ، والنظر إلى فرجها عن شهوة . فأما النظر إلى فرجها لا عن شهوة ، أو النظر إلى سائر أعضائها عن شهوة ، أو لمس سائر أعضائها^(٤) لا^(٥) عن شهوة : < فإنه > يجب أن يسقط به الخيار - بخلاف المشتري ، لأن ثم في^(٦) الجملة ، له^(٧) حاجة إلى ذلك ، ولا حاجة في حق البائع ، وهذه التصرفات حرام من غير ملك . ولو نظرت الجارية المشتراة إلى فرج المشتري لشهوة ، أو لمسته :

-
- (١) في الأصل و ح : « للاختبار » . وفي ب : « الاختبار ليعرف » - انظر فيما بعد قوله : « يحتاج إليه للامتحان » .
- (٢) في ح : « بشهوة » .
- (٣) في ب : « لغير » .
- (٤) في ج : « الأعضاء » . وفي ب : « لمس شيئاً من الأعضاء » .
- (٥) « لا » ليست في ح .
- (٦) « في » من ب و ح .
- (٧) « له » من ب .

< ف > إن^(١) فعلت ذلك بتمكين المشتري، بأن علم المشتري ذلك منها
فتركا حتى فعلت : يسقط خياره .

فأما إذا اختلست^(٢) اختلاسا ، فلمست^(٣) ، من غير تمكين المشتري
بذلك : < ف > قال أبو يوسف : يسقط خياره ، وقال محمد : لا يسقط .
وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف - ذكره بشر بن الوليد^(٤) :
أنه يثبت الرجعة^(٥) بها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يثبت في قول محمد .
وأجمعوا أنها لو أدخلت فرج الرجل في^(٦) فرجها ، والزوج نائم :
< ف > إنه يسقط الخيار ، وتثبت الرجعة .

والصحيح قولهما ، لأن الخيار لو لم يسقط ربما يفسخ الشراء^(٧) ،
فيتبين^(٨) أن الممس وجد من^(٩) غير ملك ، ومس العورة ، بلا^(١٠) ملك ،

(١) في ح : « وإن » .

(٢) في ب : « اختلسته » .

(٣) هـ : « فلمست » ليست في ح .

(٤) في ب : « وذكر بشر بن الوليد » . وهو بشر بن الوليد بن خالد الكيندي نسبة إلى
كيفية (بكسر الكاف) وهي قبيلة مشهورة باليمن . وهو أحد أصحاب أبي يوسف . وقد روى
عنه كتبه وأماله . وسمع من مالك بن أنس . وقال عنه الدارقطني إنه ثقة . وكان متعاملا على محمد
ابن الحسن . وولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله . ومات سنة ٢٣٨ هـ . (اللكنوى :
٥٤ - ٥٥) .

(٥) في ب : « في الرجعة » .

(٦) « في » من ح .

(٧) « الشراء » من ح .

(٨) « الفاء » من ح .

(٩) في ب : « يفسخ الشراء والمس وحده في » . وفي ح : « يفسخ من الشراء فتبين

أن المس وجد من » .

(١٠) « بلا » ساقطة من ح .

حرام ، فيسقط ، صيانة عن مباشرة الحرام - وكذلك في الرجعة ، لهذا المعنى .
وأما الاستخدام منها^(١) : < ف > لا يجعل اختيارا^(٢) ، لأنه تصرف
لا يختص بالملك ، فإنه يباح بإذن المالك .

ثم إنما يعرف الشهوة من غير الشهوة بإقرار < الواطىء >^(٣)
والتصرف ، وفي الجارية المختلصة بإقرار المشتري .

وأما الأجنبي إذا وطئ^(٤) الجارية المبيعة : < ف > إن كانت في يد
المشتري ، والخيار له ، سقط الخيار ، لأنه : إن كان عن شبهة يجب العقر ، وإنه
زيادة منفصلة حدثت بعد القبض ، فتمنع الرد . وإن كان زنا ، فهو عيب
في الجوارى ، وحدث العيب في يد المشتري يسقط^(٥) خياره - فكذلك
إذا ولدت الجارية في يد^(٦) المشتري ، يسقط خياره ، لأنه : لو كان الولد حيا
وفيه وفاء بنقصان الولادة فينجبر ، لكن الولد زيادة منفصلة ، فيمنع الفسخ
ويسقط الخيار . وإن مات الولد ، فالنقصان قائم لم ينجبر^(٧) ، وحدث النقصان
عند المشتري يمنع الرد .

وإن كان في يد^(٨) البائع ، والخيار له ، لا يسقط الخيار في وطء الأجنبي ،

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « منها » .

(٢) أى اختيارا الإجازة - راجع ص ٩٥ . وفي ب : « اختارا » .

(٣) في الأصل كذا : « الوطى » . وفي ب : « الناظر » . وفي ح : « النظر » .

(٤) « وطئ » من ب .

(٥) الباء من ب و ح .

(٦) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « في يدي » .

(٧) في ب : « والنقصان قائم لم ينجبر » . وفي ح : « والنقصان قائم ينجبر » .

(٨) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « في يدي » .

لأن الزنا لا يوجب نقصاً^(١) فى عين الجارية ، وإن كان المشتري حق الرد بسبب العيب . وإن كان الوطء عن شبهة - والعقر زيادة منفصلة ، قبل القبض - فلا^(٢) يمنع الفسخ . وفى فصل الولد : إن كان حياً يجبر النقصان ، وإنه زيادة قبل القبض ، فلا يمنع الفسخ ، لكن ثبت الخيار للمشتري ، بسبب العيب ، لأن صورة النقصان قائمة ، وإن أنجب معنى . وإن مات الولد فالنقصان قائم ، ولكن لم يفت شيء من المعقود عليه - حتى يفسخ العقد فيه^(٣) ، فتتفرق الصفة على المشتري ، فيسقط الخيار^(٤) - وإن كان المشتري حق الفسخ ، بسبب العيب ، وهو نقصان الولادة .

وكذلك المشتري : لو أسكن الدار المبيعة رجلاً ، بأجر أو بغير أجر ، أو رُم^(٥) شيئاً منها ، بالتطين والتجصيص ، أو أحدث فيها بناء^(٦) ، أو هدم شيئاً منها : فإنه يسقط الخيار ، لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك . ولو سقط حائط منها ، بغير^(٧) صنع أحد : يسقط الخيار ، لأنه نقص فى المعقود عليه .

ولو كان المبيع أرضاً فيها زروع وثمار ، قد دخلت تحت البيع بالشرط ،

(١) فى ح : « نقصاناً » .

(٢) فى ح : « ولا » .

(٣) أى فيما فات .

(٤) أى فيما فات ، لا تصاح العقد فيه ، لأن نقصان المبيع فى يد البائع لا يسقط خياره .

(٥) رم البناء أصلحه (المنرب) .

(٦) فى ح : « فيه ستا » .

(٧) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « يبنى » . وفى ب و ح : « بغير منع أحد » .

فسقاه ، أو حصده^(١) ، أو قصل^(٢) منه شيئا لدوابه ، أو جد^(٣) شيئا من الثمار - فهذا إجازة منه ، لما ذكرنا .

ولو ركب المشتري الدابة ليسقيها ، أو أيردها على البائع - فالقياس أن يكون إجازة ، لما ذكرنا . وفي الاستحسان : لا يسقط الخيار ، لأن الدابة قد لا يمكن تسييرها إلا بالركوب .

ولو ركبها لينظر^(٤) إلى سيرها وقوتها : فهو على الخيار .

وكذا لو لبس الثوب لينظر إلى طوله وعرضه ، لأنه يحتاج إليه للامتحان . ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو^(٥) ، أو ركبها لمعرفة سير آخر^(٦) ،

بأن ركب مرة لمعرفة أنها هملاج^(٧) ، ثم ركب ثانيا لمعرفة العدو : لا يسقط خياره ، لأنه يحتاج إليه أيضا .

(١) « أو حصده » ليست في ب ،

(٢) فصل قطع . ومنه القصيل ، وهو الشمر يحجز أخضر لأماف الدواب . والفقهاء . يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلا ، وهو مجاز (المغرب) .

(٣) جد قطع ومنه جد النخل صرمة أي قطع نمره جدادا (المغرب) . وكذا جد (المصباح) . وفي ب : « جز » . وفي ح : « جد » .

(٤) في ب : « فنظر » .

(٥) « لمعرفة العدو » من ب .

(٦) في ح : « ولو ركبها لينظر مرة أخرى أو ركبها لمعرفة سير آخر » . وفي ب « ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو ولو ركبها مرة أخرى لأن ركبها لمعرفة شيء آخر » ويظهر أنه في ب وقع خطأ من النسخ في أول العبارة بإيراده « ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو » لذهنه تكرار وفيه خطأ لما سيأتي بحث إذا حذف هذه الجملة كان المعنى أوضح لاذ تصير العبارة : « ولو ركبها مرة أخرى : لأن ركبها لمعرفة شيء آخر بأن ركبها مرة لمعرفة أنه هملاج ثم ركب أخرى لمعرفة العدو لا يسقط خياره وإن ركبها لمعرفة السير الأول الخ » .

(٧) متى الهملاج متى سهل (المغرب) .

وإن ركبها لمعرفة السير الأول مرة أخرى : ذكر في ظاهر الروايات أنه يسقط الخيار .

وفي الثوب إذا لبس ثانيا ، لمعرفة الطول والعرض : يسقط الخيار .
وفي استخدام الرقيق : إذا استخدم مرة ، ثم استخدم ثانيا لنوع آخر : لا يسقط الخيار .

وبعض مشايخنا قالوا في الاستخدام ، والركوب : لا يبطل الخيار بالمرّة الثانية ، وإن كان من نوع واحد ، لأن الاختيار لا يحصل بالفعل مرة ، لاحتمال أن ذلك وقع اتفاقا ، وإنما الحاجة إلى معرفة ذلك عادة لها ، وذلك لا يحصل إلا بالمرّة الثانية ، لأن العادة ^(١) مشتقة من العود ، بخلاف الثوب : فإن العرض يحصل بالمرّة الواحدة .

وأما سقوط الخيار بطريق الضرورة فأنواع :

منها - إذا مضت المدة ، لأن الخيار موقت بها ، فينتهي الخيار ضرورة ، فيبقى ^(٢) العقد بلا خيار ، فيلزم العقد .

ومنها - إذا مات المشروط له الخيار - فإنه يسقط الخيار ، ولا يورث ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما .

وقال الشافعي : يورث ، ويقوم الوارث مقامه .

وأجمعوا أن خيار العيب ، وخيار التعمين ، يورث ^(٣) .

(١) « العادة » من ب و ح .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فيبقى » .

(٣) « وخيار التعمين يورث » ليست في ب ، وإنما كررت فيها عبارة : « أو المشتري أو لهما . وقال الشافعي : يورث » السابقة .

وأجمعوا أن خيار القبول : لا يورث .

وكذلك خيار الإجازة في بيع الفضولي : لا يورث .

وأما خيار الرؤية < ف > هل ^(١) يورث ؟ لم يذكر في البيوع .
وذكر في كتاب الحيل أنه لا ^(٢) يورث - وكذا روى ابن سماعة ^(٣)
عن محمد .

وأجمعوا أن الأجل لا يورث .

ولقب المسألة أن خيار الشرط هل يورث أم لا ؟ والمسألة معروفة .
وإذا لم يورث الخيار عندنا - يسقط ضرورة ، فيصير العقد لازماً ،
لأنه ^(٤) وقع العجز عن الفسخ ، فيلزم ضرورة .

وكذا الجواب فيما هو في معنى الموت ، بأن ذهب عقل صاحب الخيار ،
بالجنون أو بالإغماء ^(٥) ، في مدة الخيار ، ومضت المدة ، وهو كذلك ،
صار العقد لازماً ، لأنه عجز عن الفسخ . فلا فائدة في بقاء الخيار . فإذا
أفاق في ^(٦) مدة الخيار ، كان على خياره ، لا إمكان الفسخ والإجازة .
وكذا لو بقي نائماً في آخر مدة الخيار ، حتى مضت : سقط الخيار ^(٧) .

(١) في ب كذا : « فلا » .

(٢) في ب : « أنه يورث » . وفي الكلاسي (٩ : ٢٦٨ : ٥) مثل ما في المتن .

(٣) انظر ترجمته في الهامش ٢ ص ٢٠ من المقدمة في الجزء الأول . وفي الهامش ٥ ص
١٢٠ - ١٢١ من هذا الجزء .

(٤) « لأنه » من ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

(٥) الباء من ب .

(٦) « في » من ب و ح .

(٧) « الخيار » من ب و ح .

ولو سكر بحيث لا يعلم حتى مضت مدة الخيار: لم يذكر في الكتاب .
وقالوا : الصحيح أنه يسقط الخيار ، لما ^(١) قلنا .

ولو ارتد من له الخيار في مدة الخيار: إن مات أو قُتل على الردة: صار ^(٢)
البيع لازماً .

وكذلك إن لحق بدار الحرب ، وقضى القاضى ببلحاقه ، لأن الردة
تنزلة الموت ، بعد الالتحاق بدار الحرب .

وإن أسلم في مدة الخيار : كان على خياره ، وجعل العارض كأن
لم يكن .

هذا إذا مات أو قتل على الردة ، أو أسلم قبل أن يتصرف بحكم الخيار ،
فسخا أو إجازة .

فأما إذا تصرف في مدة الخيار بعد الردة : < ف > إن أجاز جازت
إجازته ^(٣) ، ولا يتوقف ، بالاتفاق . ولو فسخ: فعند ^(٤) أبي حنيفة: يتوقف:
< ف > إن أسلم ^(٥) : نفذ . وإن مات أو قتل على الردة : بطل الفسخ ، على
ما يعرف في مسائل السير: أن تصرفات المرتد موقوفة ^(٦) عنده ، خلافاً لهما .
وعلى هذا : إذا هلكت السلعة ^(٧) المباعة ، في مدة الخيار ، فلا يخلو :

(١) « الخيار لما » ليست في ح .

(٢) في ب : « كان » .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « أجاز جاز ولا يتوقف ... الخ » .

(٤) « فعند » من ب و ح .

(٥) « فإن أسلم » ليست في ح . وفي ب : « وإن أسلم » .

(٦) التاء من ب و ح .

(٧) « السلعة » من ب و ح .

إما أن تهلك في يد البائع، أو في يد^(١) المشتري؛ والخيار للبائع، أو للمشتري.

فإن هلك في يد البائع : فإنه يسقط الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لأنه^(٢) يفسخ العقد، لأنه هلك لا إلى خلف، ولا يمكنه مطالبة <المشتري> بالثمن^(٣)، بدون تسليم المبيع، وقد عجز عن التسليم، فلا فائدة في بقاءه، فيفسخ، فيبطل الخيار ضرورة.

وإن هلك في يد المشتري : فإن كان الخيار للبائع، تهلك بالقيمة، و <ب> سقط الخيار في قول عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى : تهلك أمانة.

والصحيح قول العامة، لأن القبض بسبب هذا^(٤) العقد، لا يكون دون القبض على سوم الشراء، وذلك مضمون بالقيمة - فهذا أولى. وإن كان الخيار للمشتري : فإنه يهلك عليه، بالثمن^(٥)، عندنا. وعند الشافعي : يهلك عليه^(٦) بالقيمة.

والصحيح قولنا، لأن المبيع يصير مبيعاً، قبل الهلاك، متصلاً به^(٧).

(١) في الأصل : « في يدي » .

(٢) في ب : « فإنه » .

(٣) الباء من ب و ح . وفي ب : « مطالبة بالثمن » .

(٤) « هذا » من ب و ح .

(٥) في ب و ح : « الثمن » .

(٦) « عليه » من ب و ح .

(٧) « متصلاً به » ليست في ح .

لأن الموت < يكون > بناء على سبب مؤثر فيه ^(١) عادة ، و السبب المفضى إلى الهلاك يكون عيبا ، و حدوث العيب فى يد المشتري يسقط خياره ، لأنه يعجز عن الرد ^(٢) ، على الوجه الذى أخذه سليما ، كما إذا حدث به عيب ^(٣) حسا ^(٤) .

وأما إذا تعيب المبيع : < فإن > ^(٥) كان الخيار للبائع ، وهو عيب يوجب نقصانا فى عين المبيع ، فإنه يبطل خياره ، سواء كان المبيع فى يده أو فى يد المشتري ، إذا ^(٦) تعيب بأفة سماوية أو بفعل البائع ، لأنه هلك بعبه بلا خلف ^(٧) ، لأنه ^(٨) لا يجب الضمان على البائع ، لأنه ملكه ، فيفسخ البيع فيه ، لفواته ، ولا يمكن بقاء العقد ^(٩) ، فى القائم ، لما فيه من تفريق للصفة على المشتري ، قبل التمام ^(١٠) .

وأما إذا تعيب بفعل المشتري ، أو بفعل الأجنبي : كان البائع على

-
- (١) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل غير واضحة . وفى الكسانى (١٩: ٢٧٢: ٥) : « ... لأن الهلاك فى يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة ، لأنه لا يخلو عن سبب موته فى الهلاك عادة ، ولأنه يكون عيبا وتعيب المبيع فى يد المشتري بمنع الرد ويلزم البيع » .
- (٢) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « الرد » .
- (٣) فى ب و ح : « كما إذا أحدث به عيبا » .
- (٤) فى ح : « حديثا » .
- (٥) و (٦) فى ب : « أو » .
- (٧) هكذا فى ب . وفى الأصل و ح : « بلا خلاف » .
- (٨) « لأنه » ليست فى ب .
- (٩) « بقاء العقد » ليست فى ح .
- (١٠) فى ح : « قبل التسليم » - وما واحد لأن تمام العقد يكون بالتسليم : انظر الكسانى ، ٣: ٢٧٢: ٥ من أسفل .

خياره ، لأنه يمكنه إجازة البيع فى الفأئت والقائم ، لأنه فأت إلى خلف ، مضمون على المشتري والأجنبي ، بالقيمة ^(١) ، لأنها أتلفا ملك الغير ، بغير إذنه .

فأما إذا كان عيبا لا يوجب نقصانا فى عين المبيع ، كالوطء من الأجنبي ، وولادة الولد ، ونحو ذلك : < ف > لا يسقط خياره إذا تعيب ، بفعل البائع ، حتى لو أراد أن يرد على البائع ، بغير رضاه : < ف > ليس له ذلك ^(٢) ، ولكن للمشتري حق الرد ، بسبب العيب ، لأنه لم ^(٣) يفت شئ من المبيع ، فيفسخ العقد فيه ، فتتفرق الصفقة على المشتري .

وكذا إذا تعيب بفعل المشتري ، لأنه مضمون عليه ^(٤) .

وأما إذا كان الخيار للمشتري ، والعبد فى يده ، يبطل خياره ، سواء حصل بأفة سماوية ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المشتري ، أو بفعل الأجنبي - حتى لو أراد أن يرد على البائع ، بغير رضاه ، ليس له ذلك - أما فى الآفة السماوية وفعل البائع ، فلما ذكرنا فى خيار البائع - وأما ^(٥) فى فعل المشتري والأجنبي ، فلا ^(٦) فأت شرط ^(٧) الرد ، لأنه لا يمكنه أن يرد جميع

(١) زاد هنا فى ح : « وكذلك إذا تعيب بفعل المشتري لأنه مضمون عليه » .

(٢) « بفعل ... ذلك » من ب . و هى فى ح . وغير واضحة فى الاصل لأن العبارة من أول « خلف لأنه لا يجب الضمان ... » حتى « وكذا إذا تعيب » الآتية بعد ذلك مكتوبة فى الاصل فى الهامش . وهذه الجملة التى نقلناها عن ب غير واضحة وإن كان مكانها آثار كتابة ،

(٣) « لم » من ب و ح . راجع ما قلناه فى الهامش السابق .

(٤) « لأنه مضمون عليه » ليست فى ح .

(٥) « وأما » ليست فى ح .

(٦) فى ح : « ولأنه » . وفى ب : « لأنه »

(٧) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « بشرط » .

ما قبض - كما قبض - سليما ، وفي رد البعض تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، وفي الأجنبي علة أخرى وهي ^(١) أنه أوجب ^(٢) الأرض ، والأرض زيادة منفصلة حدثت بعد القبض ، وإنها تمتنع الفسخ عندنا ، كسائر ^(٣) أسباب الفسخ - فكذا حكم ^(٤) الخيار .

ثم ^(٥) في خيار البائع إذا تعيب بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي ^(٦) ، وهو في يد المشتري ، لم يسقط ^(٧) الخيار ، وبقي على خياره ، فلا يخلو : إما أن يحيز أو يفسخ ، والعيب حصل بفعل المشتري أو الأجنبي .

فإن أجاز البيع ، وجب على المشتري جميع الثمن ، لأن البيع جاز في الكل ، ولم يكن للمشتري حق الرد والفسخ ^(٨) ، بسبب التغيير ^(٩) الذي حصل في المبيع ، لأنه حدث في يده وفي ضمانه ؛ إلا أن المشتري إن كان هو القاطع ، فلا سبيل له على أحد ، لأنه ضمن بفعل نفسه ، وإن كان القاطع أجنبيا . فله المشتري أن يتبع ^(١٠) الجاني بالأرض ، لأنه بالأجازة ملك العبد من وقت البيع ، فحصلت الجناية على ملكه .

-
- (١) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « وهو » .
 (٢) في ح : « وجب » . وفي ب : « واجب » .
 (٣) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « بسائر » .
 (٤) في ب و ح : « بحكم » .
 (٥) « ثم » ليست في ب .
 (٦) في ب : « البائع » .
 (٧) في ب : « ثم سقط » .
 (٨) في ب : « ولم يكن للمشتري أن يمتنع من الإجازة » .
 (٩) في ح : « التعيب » .
 (١٠) في ح : « يبيع » .

وإذا اختار الفسخ: < ف > إن كان القاطع هو المشتري ، فإنه يأخذ الباقي ، ويضمن المشتري نصف قيمة العبد^(١) للبائع ، لأن العبد كان مضمونا على المشتري بالقيمة ، وقد عجز عن رد ما أتلفه بالجناية ، فعليه رد قيمته . وإن كان القاطع أجنبيا ، فالبائع بالخيار : إن شاء اتبع الجاني ، لأن الجناية حصلت على ملكه ، وإن شاء اتبع المشتري لأن الجناية حدثت^(٢) في ضمان المشتري . فإن اختار اتباع الأجنبي فلا^(٣) يرجع على أحد ، لأنه ضمن بفعل نفسه . وإن اختار اتباع المشتري ، فالمشتري يرجع بذلك على الجاني^(٤) ، لأن المشتري بأداء الضمان قام^(٥) مقام البائع في حق ملك البدل وإن^(٦) لم يقم مقامه في حق ملك^(٧) نفس الفاتئ ، كما في غاصب^(٨) المدبر إذا قتل المدبر في يده وضمنه < ه >^(٩) المالك ، كان له أن يرجع على القاتل ، وإن لم يملك المدبر ، لما قلنا - كذلك ههنا .

وأما معرفة عمل خيار الشرط وحكمه - فنقول^(١٠):

قال علماؤنا رحمهم الله: إن البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم.

(١) في ح: «المشتري فيه نصف العبد» .

بل هو موقوف إلى وقت سقوط الخيار ، فينقذ^(١) حينئذ .

وقال الشافعي ، في قول ، مثل قولنا . وفي قول : ينقذ مفيدا للملك ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، بتسليط صاحبه ، كما في خيار الرؤية ، وخيار العيب .

والصحيح قولنا ، لأن^(٢) خيار الشرط ، شرع لدفع الغبن ، لحديث جَبَّان بن مُنْقِذ^(٣) ، وذلك لا يحصل إلا بما ذكرنا^(٤) : فإن المبيع إذا كان قريبه يعتق عليه ، لو ثبت للملك ، فلا يحصل الفرض^(٥) .

. . .

ثم الخيار إذا كان للعاقدين جميعا : لا يكون العقد منعقدا ، في حق الحكم ، في حقها جميعا^(٦) .

وإن كان الخيار لأحد العاقدين : < ف > لا شك أن العقد لا ينقذ في حق الحكم في حق من له الخيار . < و > أما في حق الآخر < ف > هل ينقذ في حق الحكم ، وهو الحكم الذي يثبت بفعله : أعني ثبوت الملك في

(١) « فينقذ » من ب و ح . وفي الأصل : « فيعرف » .

(٢) في ح : « وإن » .

(٣) تقدم في ص ٩٣ .

(٤) في ب : « لا يحصل لما ذكرنا » .

(٥) في ح كذا : « الملك له ولا يحصل الفرض في الخيار » . وعادة الكسائي (٥ : ٢٦٤ :

٣ من أسفل) : « لأن من الجائز أن يكون المشتري قريب المشتري ، فلو ملكه للعالم : لعق عليه ، للعالم ، فلا تندفع حاجته » .

(٦) في ح كذا : « في حق حكم الخيار وأما في حكمها جميعا » .

المبيع بتمليك البائع، وثبوت الملك فى الثمن بتمليك المشتري^(١) ؟ .
قال أبو حنيفة : لا ينعقد .

وقال أبو يوسف ومحمد^(٢) : ينعقد - حتى إن الخيار إذا كان للبائع لا يزول المبيع عن ملكه ، ولا يدخل فى ملك المشتري . وأما الثمن
< ف > هل يدخل فى ملك البائع ؟

فعند أبي حنيفة : لا يدخل ، بأن كان الثمن عينا ، ولا يستحق عليه الثمن
للبائع^(٣) إن كان دينا .

وعندهما : يدخل ، ويجب الثمن للبائع .

وإن كان الخيار للمشتري : لا يستحق عليه الثمن ، ولا يخرج عن ملكه
إذا^(٤) كان عينا ، وهل يدخل المبيع فى ملك المشتري^(٥) ؟ .

عند أبي حنيفة : يزول عن ملك البائع ، ولا يدخل فى ملك المشتري .
وعندهما : يدخل .

والصحيح قول أبي حنيفة ، لأن خيار المشتري يمنع زوال الثمن عن
ملكه ، ويمنع من استحقاق الثمن عليه ، ولو^(٦) قلنا إنه يملك المبيع كان
فيه جمع بين البذل والمبدل ، فى ملك رجل واحد ، فى عقد^(٧) المبادلة ، وهذا

(١) « وهو الحكم ... المشتري » من ب .

(٢) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وقالا » .

(٣) هكذا فى ح . وفى الأصل و ب : « البائع » .

(٤) فى ح : « وإن » .

(٥) « وهل ... المشتري » ليست فى ب .

(٦) واو العطف من ب .

(٧) فى ح : « فى حق » .

لا يجوز ، بخلاف خيار الرؤية والعيب ؛ لأن هناك لا يمنع زوال الثمن عن ملك المشتري ؛ فجاز أن لا يمنع دخول السلعة في ملكه ^(١) .

وفوائد ^(٢) هذا الأصل تظهر في مسائل كثيرة مذكورة في الكتب - فنذكر بعضها .

منها ^(٣) - إذا اشترى الرجل أباه ، أو ذا رحم محرم منه ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام - لم يعتق ^(٤) عند أبي حنيفة ، لأنه لم يدخل في ملكه . وعندهما : يعتق .

وأجمعوا أنه إذا قال لعبد الغير : « إن ^(٥) اشتريتك فأنت حر » فاشتراه على أنه بالخيار ، ثلاثة أيام ، يعتق عليه ، ويبطل خياره : أما عندهما فلا أنه يدخل في ملكه ، وأما عند أبي حنيفة فلا أن المعلق بالشرط ، كالنجز ، عند وجود الشرط ، ولو نجز ^(٦) عتقه بعد شرائه ^(٧) بشرط الخيار ^(٨) ينفذ عتقه ، ويبطل الخيار ، لا خياره الملك - كذا هذا .

ومنها - إذا اشترى ^(٩) زوجته ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام ^(١٠) لا يبطل

(١) في ح : « في ملك المشتري » .

(٢) « فوائد » من ب و ح .

(٣) في ح : « فيما » .

(٤) زاد هنا في ح : « عليه » .

(٥) في ب : « إذا » .

(٦) في ح : « ولم ينجز » . وفي ب : « ولو ينجز » .

(٧) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « شراء » .

(٨) زاد في ح هنا : « بل » .

(٩) في ح : « إذا ملك » .

(١٠) « على أنه بالخيار ثلاثة أيام » من ب .

نكاحه عند أبي حنيفة ، لأنها لم تدخل في ملكه^(١) .

وعندهما: يبطل لأنها دخلت في ملكه .

ولو وطئها الزوج في مدة الخيار^(٢) ينظر: إن كانت بكرًا يبطل خياره ،
بالاتفاق ، لوجود التعيب^(٣) . وإن كانت^(٤) ثيبًا و^(٥) لم ينقصها الوطء:
لا يبطل خياره عند أبي حنيفة ، لأنه وطئها بملك النكاح ، لا بملك اليمين ،
فلا يصير مختارًا ، ضرورة ، في حل الوطء^(٦) .

وعندهما: يبطل خياره ، لأنه وطئها بحكم الشراء^(٧) .

ومنها - أن المبيع إذا كان دارًا : إن كان للبائع فيها خيار : لم يكن
لشفيع الشفعة ، بالإجماع ، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه .
وإن كان الخيار للمشتري : < ت > ثبت الشفعة للشفيع^(٨) ، بالإجماع :
أما عندهما فلا لأن خياره لا يمنع دخول السلعة في ملك المشتري ، فتثبت
الشفعة للشفيع . وعلى قول أبي حنيفة : خيار المشتري ، وإن منع دخول
السلعة في ملك المشتري^(٩) ، لم يمنع زوالها عن ملك البائع ، وحق الشفيع
في الشفعة يعتمد زوال حق البائع ، لا ملك المشتري .

(١) زاد في ح : « عند أبي حنيفة » .

(٢) زاد هنا في ب و ح : « فإنه » .

(٣) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « التعيب » - انظر الكاساني ، ٢٥٥ : ٢٦٥ .

(٤) التاء من ب . (٥) « و » ليست في ب .

(٦) « فلا يصير ... الوطء » من ب .

(٧) في ب و ح : « وعندهما : بطل خياره بنفس الشراء » .

(٨) هكذا في ب . وفي الأصل : « لشفيعه » . وفي ح : « الشفيع » .

(٩) « فتثبت الشفعة .. في ملك المشتري » ليست في ب .

وأما كيفية الفسخ والإجازة

فهو على ضربين : أحدهما : بطريق الضرورة ، والآخر : بطريق القصد والاحتياط .

أما الفسخ والإجازة بطريق الضرورة : < ف > يصح من غير حضرة خصمه ، وعلمه ، كمضى مدة الخيار ، وهلاك المبيع ، ونقصانه - على ما ذكرناه .
وأما الفسخ والإجازة بطريق القصد : < فقد > أجمع أصحابنا أن المشروط له الخيار . ملك^(١) إجازة العقد بغير محضر من صاحبه ، وبغير علم منه ، لأن صاحبه الذى لا خيار له رضى بحكم العقد . وأما من له الخيار < ف > لم يرض حكمه^(٢) ولزومه ؛ فإذا رضى - ورضا الآخر قد وجد - يجب^(٣) القول بنفاذ البيع ، علم الآخر أو لم يعلم .

لكن يشترط الرضا باللسان ، بأن قال : « أجزت هذا العقد ، أو رضيت به » . فأما إذا رضى بقلبه ، وما أجازته صريحا ، فإنه^(٤) لا يسقط خياره ، لأن الأحكام الشرعية تتعاق بالآقوال والأفعال الظاهرة الدالة على الضمائر .
وأما الفسخ والرد ، إن وجد بالقلب دون اللسان ، فهو باطل - لما ذكرناه .

وأما إذا فسخ بلسانه : < ف > إن كان بمحضر من صاحبه ، فإنه يصح ،

(١) فى ب و ح : « ملك » .

(٢) فى ب و ح : « بحكمه » .

(٣) فى ب : « فإذا رضى ورضى الآخر فقد وجد فيجب » . وفى ح : « فإذا رضى فرضى الآخر قد وجد فيجب » .

(٤) فى ب و ح : « فأما إذا رضى بقلبه وأجازته فإنه » .

بالإجماع ، سواء رضى به أو أبى ^(١) .

وأما إذا كان بغير محضر من صاحبه : < فقد > قال أبو حنيفة ومحمد : لا يصح ، وهو قول أبي يوسف الأول ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري ، ثم رجع وقال : يصح . وروى عنه أنه قال : إن كان الخيار للبائع : ملك ففسخه ، بغير محضر من المشتري ، وإن كان الخيار للمشتري : لا يملك ففسخه ، بغير محضر من البائع . ونعني بالحضرة العلم - حتى لو كان الآخر حاضرا ، ولم ^(٢) يكن عالما بفسخه : لا يصح ، ولو كان غائبا ، وعلم بفسخه في مدة الخيار : ينبغي أن يصح .

وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف .

وأجمعوا أن المشتري ، في خيار العيب : إذا فسخ ، بغير محضر من البائع : لا يصح ، وإن كان قبل القبض - والمسألة معروفة .

ولو اشترى رجلان ^(٣) على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ، أو اشتريا شيئا ولم يرياه ^(٤) ، أو اشتريا شيئا فوجدا به عيبا - هل يملك أحدهما أن ينفرد بالفسخ ؟

على قول أبي حنيفة : لا يملك ، ولو رد : لا يصح .

وعلى قولهما : يصح .

(١) في ب : « أو رد » .

(٢) في ب : « إن لم » .

(٣) في ح : « ولو اشترك اثنان » .

(٤) في ح : « واشتريا شيئا ولم يره » .

وإنما يصح ^(١) عند أبي حنيفة إذا اتفقا على الرد أو ^(٢) اتفقا على
الإجازة ^(٣) . أما إذا رد أحدهما، وأجاز الآخر : فهو على الاختلاف ^(٤) .
وكذا لو اختارا رد البيع في النصف، وإجازة ^(٥) البيع في النصف :
فهو على الاختلاف - والمسألة معروفة ^(٦) .

(١) « وإنما يصح » ليست في ح .

(٢) في ب و ح : « و » .

(٣) « الإجازة » من ب . وفي الأصل و ح : « على الفسخ » .

(٤) في ح : « على هذا الاختلاف »

(٥) في ب و ح : « وأجازا » .

(٦) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب خيار الرؤية

يحتاج^(١) إلى بيان :

مشروعية خيار الرؤية ،

وإلى بيان أنه في أي وقت يثبت ،

وفي بيان أنه يثبت موقتا أو مطلقا ،

وفي بيان حكمه ،

وفي بيان ما يسقطه .

أما الأول - < فنقول > :

قال أصحابنا رحمهم الله : إن خيار الرؤية مشروع في شراء ما لم يره المشتري ، فيجوز الشراء ، ويثبت له الخيار .

وقال الشافعي : شراء ما لم يره المشتري لا يصح ، فلا^(٢) يكون الخيار فيه مشروعا .

ولو باع شيئا لم يره البائع ، ورآه المشتري : يجوز ، عندنا .

وعند الشافعي : فيه قولان .

(١) في الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) في - : « ولا » .

وهل يثبت للبائع فيه خيار الرؤية ؟

لم يذكر في ظاهر الرواية .

وذكر الطحاوى في اختلاف العلماء أن أبا حنيفة كان يقول بأنه يثبت

له الخيار ، ثم رجع وقال : لا يثبت .

. . .

وأما بيان وقت تبوء الخيار - فنقول :

يثبت الخيار عند رؤية المشتري ، لاقبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية :

لا يلزم البيع ، ولا يسقط الخيار .

وهل يملك الفسخ قبل الرؤية ؟ لا رواية في هذا - واختلف المشايخ :

قال بعضهم : لا يملك ، لأنه لا يملك الإجازة قبل الرؤية ، فلا يملك

الفسخ ، لأن الخيار لم يثبت .

وبعضهم قالوا : يملك الفسخ ، لالسبب الخيار ، لأنه غير ثابت ، ولكن

< لأن > شراء ما لم يره المشتري غير لازم ، والمقد الذي ليس بلازم ، يجوز

فسخه ، كالعارية^(١) والوديعة .

و^(٢) أما بيان أنه الخيار مطلق أو مؤقت - فنقول < :

اختلف المشايخ فيه :

بعضهم قالوا : يثبت مطلقاً ، فيكون له الخيار في جميع العمر ، إلا إذا

وجد ما يسقطه^(٣) .

(١) في - : « كالإجازة » وهو خطأ . (٢) الواو من ب و - .

(٣) في - كذا : « إلا إذا وقت حد ما يسقطه » .

وبعضهم قالوا بأنه موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو
تمكن من الفسخ بعد الرؤية ، ولم يفسخ : يسقط خيار الرؤية ، وإن لم يوجد
منه إلا جازة والرضا صريحاً ولا دلالة .

وأما حكمه

فهو التخيير بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع . ولا يمنع ثبوت
الملك^(١) في البديلين . ولكن يمنع اللازم ، بخلاف خيار الشرط .
وإنما ثبت الخيار في بيع العين بالعين : لكل واحد منهما .
وفي بيع العين بالدين : ثبت للمشتري .
ولا يثبت في بيع الدين بالدين ، وهو الصرف ، لأنه لا فائدة فيه .
فأما إذا كان الحق عينا ، فللناس^(٢) أغراض في الأعيان ، فكان ثبوت
الخيار فيه^(٣) لينظر أنه هل يصلح له - فإن شاء أجاز إن صلح ، وإن شاء
فسخ إن^(٤) لم يصلح .

وهذا إذا رأى جميع المبيع .

فأما إذا رأى البعض ورضى به ، ولم ير البعض - هل يكون على خياره ،
أم لا ، إذا رأى المبيع ؟ فنقول :

الأصل في هذا النوع من المسائل هو^(٥) أن غير المرتضى إذا كان تبعا

(١) في ب : « ثبوت الحكم » .

(٢) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « وللناس » .

(٣) في ب : « له فيه » .

(٤) في ب : « وإن » .

(٥) في الأصل و ب و ح : « وهو » .

للمرئى: فلا خيار له فى غير المرئى ، وإن كان رؤية ما رأى لا تُتعرّف حال
الم يره ، لأن حكم التبع حكم الأصل .
وإن لم يكن غير المرئى تبعاً للمرئى ^(١) : <فإن كان مقصوداً بنفسه ،
كالمرئى ، ينظر :

إن كان رؤية ما قد رأى لم تُتعرّف حال غير المرئى : كان على خياره ،
فيما لم يره ، لأن المقصود من الرؤية ، فيما لم يره ، لم يحصل برؤيته ما رأى .
وإن كان رؤية ما رأى تُتعرّف حال غير المرئى : فإنه لا خيار له ،
أصلاً ^(٢) ، فى غير المرئى ، إذا كان غير المرئى مثل المرئى ، أو فوقه ، لأنه
حصل برؤية البعض ، رؤية الباقي ، من حيث المعنى .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه المسائل <الآتية> :

- إذا اشترى جارية أو عبداً ، فرأى الوجه دون سائر الأعضاء : لا خيار
له . وإن كان رؤية الوجه لا تُتعرّف حال سائر الأعضاء ، لأن سائر
الأعضاء ^(٣) تبع للوجه فى شراء العبد والجارية ، فى العادة . ولو رأى سائر
الأعضاء دون الوجه : فهو على خياره ، لأنه لم ير المتبوع - هذا فى بنى آدم .
- فأما فى سائر الحيوان ^(٤) ، مثل الفرس والحمار ونحوهما :

ذكر محمد بن سماعه ^(٥) عن محمد أنه قال : إن نظر إلى عجزه : يسقط

(١) هنا تكرار فى ب

(٢) « أصلاً » من ب .

(٣) « لا خيار له وإن كان . . سائر الأعضاء » ليست فى ب .

(٤) فى ب و ح : « الحيوانات » .

(٥) ولد سنة ١٣٠ هـ . وحدث عن الليث بن سعد وعن أبى يوسف ومحمد وأخذ الفقه عن =

خياره . وإن لم ير عجزه ^(١) : فهو على خياره - < ف > جعل المعجز في الحيوانات بمنزلة الوجه في بني آدم .

وعن أبي يوسف أنه قال : هو ^(٢) على خياره ما لم ير وجهه ومؤخره ، فجعل الأصل هذين المعضوين وغيرهما تبعا .

- وأما الشاة : إذا اشتراها للحم : < فقد > روى ^(٣) عن أبي يوسف أنه قال : لا بد من الجلوس بعد الرؤية حتى يعرف سمها ^(٤) ، لأنه هو المقصود . وإن اشتراها للدر والنسل ، فلا بد من رؤية سائر جسدها ، ومن النظر إلى ضرعها أيضا ^(٥) ، لأنها تختلف باختلاف الضرع .

— فأما في غير الحيوان : < ف > إن كان شيئا واحدا ينظر : إن كان شيء منه مقصودا عند الناس في العادة ، كالوجه في المتعافير ^(٦) والطنائف ^(٧) : < فإنه > إذا رأى الوجه سقط الخيار ، كما في بني آدم ، وإذا

== أبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد . وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد . وولى القضاء المأمون ببغداد بعد موت يوسف بن الإمام أبي يوسف سنة ١٩٢ هـ . له كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات والنوادر وغيرها . وعن ثقة عليه : أبو جعفر أحمد بن أبي عمران البغدادي شيخ الطحاوي . ومات سنة ٢٣٣ هـ . (اللكثوي) . راجع أيضاً الهامش ٢ ص ٢٠ من المقدمة في الجزء الأول .

(١) « عجزه » من ب .

(٢) « هو » من ب .

(٣) في هـ : « اللحم وروى » .

(٤) هكذا في ب . وفي هـ : « سمته » . وفي الأصل : « سمته » .

(٥) « أيضا » من ب و هـ .

(٦) هو نوع من الثياب وأصله « ثوب متعافير » نسبة إلى متعافير بن مراخي تميم بن مر

ثم سمي « متعافيرا » بغير نسبة (المغرب والقاموس) .

(٧) الطنائف البسطة (انظر القاموس) وفي الكسائي (٥ : ٢٩٣ : ٢٠ من أسفل) : البسطة .

رأى الظهر: لا يسقط - هكذا ذكر^(١) الحسن، في المجرد، عن أبي حنيفة.
وإن لم يكن شيء منه مقصودا، كالكرباس^(٢): فإن رؤية بعضه،
أى بعض كان، كرؤية الكل، لأن رؤية بعضه يعرف الباقي، لأن
تفاوت الأطراف فى ثوب واحد يسير. فإن وجد الباقي مثل المرثى أو
فوقه: < ف > لا خيار له. وإن وجد^(٣) دونه: كان على خياره -
على ما ذكرنا.

وإن كان المعقود عليه دارا أو بستانا: ذكر فى كتاب القسمة وقال:
إذا رأى خارج الدار وظاهرها: يسقط خياره، وإن لم ير داخلها، لأنها شيء
واحد. وفى البستان: إذا رأى الخارج ورؤوس الأشجار، يسقط خياره^(٤).
وعلى قول زفر: لا يسقط الخيار، بدون رؤية الداخل.

ولكن مشايخنا قالوا: تأويل ما ذكر فى كتاب القسمة أنه إذا لم
يكن فى داخل الدار أبنية. فأما إذا كان فيها أبنية: < ف > لا يسقط
الخيار، لم ير داخل الدار^(٥)، كله أو بعضه، لأن الداخل هو المقصود،
والخارج كالتبع له.

(١) فى ب: « روى » .

(٢) الكيرباس الثوب الخشن، وهو فارسى مررب - والجمع كرايبس (المصباح).

(٣) الماء من ب. وفى ح: « لأن وجد » .

(٤) « وإن لم ير داخلها ... ورؤوس الأشجار يسقط خياره » ليست فى ب .

(٥) « ولكن مشايخنا ... داخل الدار » ليست فى ب . وفى ح: « ما لم يدخل الدار »

بدل: « ما لم ير داخل الدار » وبقيّة ما فى المتن فى ح .

وذكر القدوري^(١) أن أصحابنا قالوا : إن أبا حنيفة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمانه ، فإن دورهم وبساتينهم^(٢) لا تختلف من حيث التقطيع والهيئة ، وإنما تختلف من حيث الصغر والكبر ، وكذا من حيث صغر الأشجار وكبرها - وذلك يحصل برؤية الخارج ، ورؤية رؤوس الأشجار ، وعادة سائر البلدان بخلافه .

هذا إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا . فأما إذا كان أشياء :

< فإن كان من العدديات المتفاوتة^(٣) ، كالغياث التي^(٤) اشتراها في جراب ، أو البطاطيخ في الشريعة^(٥) ، أو الرماز أو^(٦) السفرجل في القفة والكؤارة^(٧) : > فإذا رأى البعض : فإنه يكون على خياره في الباقي ، لأن الكل مقصود ، ورؤية ما رأى لا تستعريف حال الباقي ، لأنها متفاوتة .

وإن كان مكيلا ، أو موزونا ، أو عدديا متقاربا : فإنه إذا رأى البعض ، ورضى به - لا خيار له في الذي لم ير ، إذا كان ما لم ير مثل الذي

(١) في ب تكرار هنا من أول عبارة « يسقط خياره وعلى قول زفر » .

(٢) ف. ب : « وآيتهم » .

(٣) « المتفاوتة » ليست في ب .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « الذي » .

(٥) الشريعة جوالق كالخرج يُنْسَج من سعف النخل يحمل فيه البطيخ ونحوه

(المغرب والمنجد) .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « و » .

(٧) في ب : « والكرة » . وهي وعاء يتخذ من الفصيان أو الطين ضيق الرأس (انظر

القاموس) .

رأى ، لأن رؤية البعض من هذه الأشياء ، تعرف حال الباقي^(١) .
وهذا إذا كان في وعاء واحد - فأما إذا كان في وعاءين : < فقد >

اختلف المشايخ :

قال مشايخ بلخ : لا يكون رؤية أحدهما كروية الآخر ، لانهما^(٢) شيان مختلفان^(٣) إذا كانا في وعاءين ، فكانا كالثوبين .

وقال مشايخ العراق بأن رؤية أحدهما كروية لتيهما جميعا ، إذا كان مالم ير مثل المرئي .

وهكذا روى عن أبي يوسف - وهو الأصح ،

وهذا إذا كان المشتري مغيبا في الوعاء ، فأما إذا كان مغيبا في الأرض كالجزر ، والبصل ، والثوم ، والفجل ، والسَّلْجَم^(٤) ، وبصل الزعفران ، ونحو ذلك - < ف > في أى وقت يسقط الحيار ؟

لم يذكر هذا^(٥) في ظاهر الرواية .

وروى بشر^(٦) عن أبي يوسف أنه قال : إذا كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع ، كالثوم ، والبصل ، والجزر^(٧) - فإنه إذا قلع المشتري شيئا

(١) في ب هنا تكرار .

(٢) في ب : « ولهما » .

(٣) « مختلفان » من ب و ح .

(٤) كذا في ب . وفي ح : « والتلج » . وفي الأصل : « والتلجم » . والتلجم نبت ، ولا تقل : تلجم ولا شَلْجَم أو لنية (القاموس) .

(٥) « هذا » من ب .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ٤ ص ٩٨ ،

(٧) في ح : « والجوز » .

بإذن البائع، أو قلع البائع برضى المشتري: سقط خياره فى الباقي^(١)، لأن
روئية بعض المكيل^(٢) كروئية الكل ،

فأما إذا حصل القلع من المشتري بغير إذن^(٣) البائع، لم يكن له أن يرد،
سواء رضى بالملقوع أو لم يرض ، إذا كان الملقوع شيئاً له قيمة عند الناس،
لأنه بالقلع صار معيباً ، لأنه كان ينمو ويزيد ، وبعد القلع لا ينمو ولا
يزيد^(٤)، ويتسارع إليه الفساد ، وحدث العيب فى المبيع فى يد المشتري،
بغير صنعه ، يمنع الرد - فنع صنعه أولى .

وإن كان المغيب^(٥) فى الأرض مما يباع عدداً ، كالفجل، والسلق،
ونحوهما، فروئية البعض لا تكون كروئية الكل ، لأن هذا من باب^(٦)
المدديات المتفاوتة ، فروئية البعض لا تكفى ، كما فى الثياب^(٧) .

وإن قلع المشتري بغير إذنه : سقط خياره ، لأجل العيب ، إذا كان
الملقوع شيئاً له قيمة . فأما إذا لم يكن له^(٨) قيمة: فلا يسقط خياره ، لأنه
لا يحصل به العيب .

وذكر الكرخى هنا مطلقاً ، من غير هذا التفصيل ، وقال : إذا

(١) فى ب هنا تكرار .

(٢) فى ب : « القليع » . وفى ح : « القلع » .

(٣) « إذن » ساقطة من ح .

(٤) « ولا يزيد » ليست فى ب و ح .

(٥) فى ح : « المبيع » .

(٦) « باب » ليست فى ب و ح .

(٧) هنا تكرار فى ب .

(٨) « له » من ب و ح .

اشترى شيئاً مغيباً في الأرض ، مثل الجزر^(١) ، والبصل ، والثوم ، وبصل
الزعفران^(٢) وما أشبه ذلك : فله الخيار إذا رأى جميعه ، فلا يكون رؤيته
بعضه مبطلاً خياره . وإن رضى بذلك البعض : فخياره باقٍ إلى أن
يرى جميعه .

وروى عمرو^(٣) عن محمد أنه قال : قال^(٤) أبو حنيفة : المشتري بالخيار
إذا قلع - قلت « فإن قلع البعض ؟ » ، قال : لم يزد أبو حنيفة على ما قلت
لك ، فأما في قول أبي يوسف وقولي : إذا قلع شيئاً^(٥) يستدل به على
ما بقي ، في سمنه وعظمه ، فرضى^(٦) المشتري : فهو لازم له - فهما يقولان إن
التفاوت في هذه الأشياء ليس بغالب ، فصار كالصيرة^(٧) ، وأبو حنيفة
يقول : إنها تختلف من حيث الصغر والكبر ، والجودة والرداءة ، فلم يسقط
الخيار برؤيته البعض كالثياب .

ولو اشترى دهن سمس في قارورة ، فرأى ، من^(٨) خارج القارورة ،
الدهن في القارورة^(٩) : روى ابن سماعة عن محمد أنه قال^(١٠) : يكفي ،

(١) في ح : « الجوز » .

(٢) « الزعفران » ليست في ب . وهو نبات أصفر الزهر له أصل كالبصل (المنجد)

(٣) لعله عمرو بن أبي عمرو من أصحاب محمد بن الحسن الشيباني (القرشي ، الجواهر ، ١ : ٤٠٠) .

(٤) « قال أبو حنيفة » من ح . وفي ب : « أنه قال أبو حنيفة » .

(٥) زاد هنا في ب و ح : « مما » .

(٦) في ح : « فرضيه » . وفي ب : « ورضى به » .

(٧) في ب و ح : « كالصرة » . والصير الناحية من التي ، وطرفه ، وشق الباب (القاموس) .

(٨) « من » من ح .

(٩) « في القارورة » من ح . وعبارة ب : « رأى الدهن خارج القارورة » .

(١٠) « قال » من ب و ح .

ويسقط خياره، لأن رؤيته من الخارج تُعَمِّرُ حالة الدهن، فكأنه رآه^(١) خارج القارورة، في قصصة ونحوها^(٢)، ثم اشتراه.

وروى عن محمد، في رواية أخرى، أنه^(٣) لا يبطل ما لم ينظر إلى الدهن، بعد ما يخرج من القارورة، لأن لون الدهن مما يتغير بلون القارورة.

ولو نظر إلى المرأة فرأى المبيع، قالوا: لا يسقط خياره، لأنه ما رأى عين المبيع، وإنما رأى مثاله - قال: هكذا قال بعضهم، والاصح أنه يرى عين المبيع، لكن يعرف به أصله، < و > قد تتفاوت هيأته بتفاوت المرأة^(٤).

وعلى هذا قالوا: من نظر في المرأة فرأى فرج أم^(٥) امرأته، عن شهوة^(٦): لا^(٧) تثبت حرمة المصاهرة.

(١) الماء من ب و ح .

(٢) « في قصصة ونحوها » من ب .

(٣) « أنه » من ب و ح .

(٤) « قال : هكذا قال .. المرأة » من ب إلا أن فيها: « أصله فأما قد تفاوت ... النح ». وعبارة الكسائي (٥: ٢٩٥: ٣) : « وقالوا في المشتري إذا رأى المبيع في المرأة أن له الخيار، وكذا في الماء، وقالوا: لأنه لم ير عينه وإنما رأى مثاله؛ والصحيح أنه رأى عين المبيع، لا أن غير المبيع في المرأة والماء، بل يراه حيث هو، لكن لا على الوجه المعتاد - < بل > بخلق الله تعالى فيه الرؤية، وهذا ليس ببعيد، لأن المراقبة ليست من شرط الرؤية، فلما نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة - ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته، لتفاوت المرأة، فيعلم بأصله، لا بهيئته، فلذلك يثبت له الخيار، لا لما قالوا - والله عز وجل أعلم »

(٥) « أم » ليست في ح .

(٦) « عن شهوة » من ب و ح .

(٧) « لا » ليست في ب .

رأى ، لأن رؤية البعض من هذه الأشياء ، تعرف حال الباقي^(١) .
وهذا إذا كان في وعاء واحد - فأما إذا كان في وعاءين : < فقد >

اختلف المشايخ :

قال مشايخ بلخ : لا يكون رؤية أحدهما كروية الآخر ، لأنها^(٢)
شيآن مختلفان^(٣) إذا كانا في وعاءين ، فكانا كالثوبين .

وقال مشايخ العراق بأن رؤية أحدهما كرويةيتها جميعا ، إذا كان مالم
ير مثل المرئي .

وهكذا روى عن أبي يوسف - وهو الأصح ،

وهذا إذا كان المشتري مغيبا في الوعاء ، فأما إذا كان مغيبا في
الأرض كالجزر ، والبصل ، والثوم ، والفجل ، والسَّلْجَم^(٤) ، وبصل
الزعفران ، ونحو ذلك - < ف > في أى وقت يسقط الحيار ؟

لم يذكر هذا^(٥) في ظاهر الرواية .

وروى بشر^(٦) عن أبي يوسف أنه قال : إذا كان شيئا يكال أو يوزن
بعد القلع ، كالثوم ، والبصل ، والجزر^(٧) - فإنه إذا قلع المشتري شيئا

(١) في ب هنا تكرار .

(٢) في ب : « ولها » .

(٣) « مختلفان » من ب و ح .

(٤) كذا في ب . وفي ح : « والتلج » . وفي الأصل : « والتلجم » . والتلجم نبت ، ولا تقل : تلجم ولا
شَلْجَم أو لنية (القاموس) .

(٥) « هذا » من ب .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ٤ ص ٩٨ ،

(٧) في ح : « والجوز » .

بإذن البائع، أو قلع البائع برضى المشتري: سقط خياره فى الباقي^(١)، لأن
روية بعض المكيل^(٢) كروية السكل ،

فأما إذا حصل القلع من المشتري بغير إذن^(٣) البائع، لم يكن له أن يرد،
سواء رضى بالملقوع أو لم يرض ، إذا كان الملقوع شيئاً له قيمة عند الناس،
لأنه بالقلع صار معيباً ، لأنه كان ينمو ويزيد ، وبعد القلع لا ينمو ولا
يزيد^(٤)، ويتسارع إليه الفساد ، وحدث العيب فى المبيع فى يد المشتري،
بغير صنعه ، يمنع الرد - فنع صنعه أولى .

وإن كان المغيب^(٥) فى الأرض مما يباع عدداً ، كالفجل، والسلق،
ونحوهما، فروية البعض لا تكون كروية السكل ، لأن هذا من باب^(٦)
المدديات المتفاوتة ، فروية البعض لا تكفى ، كما فى الثياب^(٧) .

وإن قلع المشتري بغير إذنه : سقط خياره ، لأجل العيب ، إذا كان
الملقوع شيئاً له قيمة . فأما إذا لم يكن له^(٨) قيمة: فلا يسقط خياره ، لأنه
لا يحصل به العيب .

وذكر الكرخى هنا مطلقاً ، من غير هذا التفصيل ، وقال : إذا

(١) فى ب هنا تكرار .

(٢) فى ب : « القليع » . وفى ح : « القلع » .

(٣) « إذن » ساقطة من ح .

(٤) « ولا يزيد » ليست فى ب و ح .

(٥) فى ح : « المبيع » .

(٦) « باب » ليست فى ب و ح .

(٧) هنا تكرار فى ب .

(٨) « له » من ب و ح .

اشترى شيئاً مغنياً في الأرض ، مثل الجزر^(١) ، والبصل ، والثوم ، وبصل الزعفران^(٢) وما أشبه ذلك : فله الخيار إذا رأى جميعه ، فلا يكون رؤية بعضه مبطلاً خياره . وإن رضى بذلك البعض : فخياره باق إلى أن يرى جميعه .

وروى عمرو^(٣) عن محمد أنه قال : قال^(٤) أبو حنيفة : المشتري بالخيار إذا قلع - قلت « فإن قلع البعض ؟ » ، قال : لم يزد أبو حنيفة على ما قلت لك ، فأما في قول أبي يوسف وقولي : إذا قلع شيئاً^(٥) يستدل به على ما بقي ، في سمنه وعظمه ، فرضى^(٦) المشتري : فهو لازم له - فهما يقولان إن التفاوت في هذه الأشياء ليس بغالب ، فصار كالصيرة^(٧) ، وأبو حنيفة يقول : إنها تختلف من حيث الصغر والكبر ، والجودة والرداءة ، فلم يسقط الخيار برؤيته البعض كالثياب .

ولو اشترى دهن سمس في قارورة ، فرأى ، من^(٨) خارج القارورة ، الدهن في القارورة^(٩) : روى ابن سماعه عن محمد أنه قال^(١٠) : يكفي ،

(١) في ح : « الجوز » .

(٢) « الزعفران » ليست في ب . وهو نبات أصفر الزهر له أصل كالبصل (المنجد)

(٣) لعله عمرو بن أبي عمرو من أصحاب محمد بن الحسن الشيباني (القرشي ، الجواهر ، ١ : ٤٠٠) .

(٤) « قال أبو حنيفة » من ح . وفي ب : « أنه قال أبو حنيفة » .

(٥) زاد هنا في ب و ح : « مما » .

(٦) في ح : « فرضيه » . وفي ب : « ورضى به » .

(٧) في ب و ح : « كالصيرة » . والصير الناحية من الشيء ، وطرفه ، وشق الباب (القاموس) .

(٨) « من » من ح .

(٩) « في القارورة » من ح . وعبارة ب : « رأى الدهن خارج القارورة » .

(١٠) « قال » من ب و ح .

ويسقط خياره، لأن رؤيته من الخارج تُعَرِّفُه حالة الدهن، فكأنه رآه^(١) خارج القارورة، في قصصة ونحوها^(٢)، ثم اشتراه .

وروى عن محمد، في رواية أخرى، أنه^(٣) لا يبطل ما لم ينظر إلى الدهن، بعد ما يخرج من القارورة، لأن لون الدهن مما يتغير بلون القارورة .

ولو نظر إلى المرأة فرأى المبيع، قالوا: لا يسقط خياره، لأنه ما رأى عين المبيع، وإنما رأى مثاله - قال: هكذا قال بعضهم، والاصح أنه يرى عين المبيع، لكن يعرف به أصله، < و > قد تتفاوت هيأته بتفاوت المرأة^(٤) .

وعلى هذا قالوا: من نظر في المرأة فرأى فرج أم^(٥) امرأته، عن شهوة^(٦): لا^(٧) تثبت حرمة المصاهرة .

(١) الماء من ب و ح .

(٢) « في قصصة ونحوها » من ب .

(٣) « أنه » من ب و ح .

(٤) « قال: هكذا قال ... المرأة » من ب إلا أن فيها: « أصله فأما قد تتفاوت ... النح » .
وعبارة الكشاف (٥: ٢٩٠: ٣) : « وقالوا في المشتري إذا رأى المبيع في المرأة أن له الخيار، وكذا في الماء، وقالوا: لأنه لم ير عينه وإنما رأى مثاله؛ والصحيح أنه رأى عين المبيع، لا أن غير المبيع في المرأة والماء، بل يراه حيث هو، لكن لا على الوجه المعتاد - < بل > بخلق الله تعالى فيه الرؤية، وهذا ليس بعيد، لأن المقابلة ليست من شرط الرؤية، فإننا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة - ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته، لتفاوت المرأة، فيعلم بأصله، لا بهيئته، فلذلك يثبت له الخيار، لا لما قالوا - والله عز وجل أعلم »

(٥) « أم » ليست في ح .

(٦) « عن شهوة » من ب و ح .

(٧) « لا » ليست في ب .

ولو نظر إلى فرج امرأته المطلقة، طلاقاً رجعياً، عن شهوة، في المرأة: لا يصير مراجعاً، لما قلنا .

ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه، من غير اصطیاد، فرآه في الماء: قال بعضهم: يسقط خياره، لأنه رأى عين المبيع .
وقال بعضهم: لا يسقط - وهو الصحيح، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو، بل يرى أكثر^(١) مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف حاله حقيقة .
ولو وكل رجلاً بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره، فيلزم العقد إن رضى، ويفسخ العقد إن شاء^(٢) - قال: و^(٣) يصح التوكيل، ويقوم نظره مقام نظره، لأنه^(٤) جعل الرأي إليه .

ولو وكل بقبضه، فقبضه^(٥)، فرآه - هل يسقط خيار الموكل؟
عند أبي حنيفة: يسقط، لأنه من تمام القبض . وعندهما: لا يسقط .
وأجمعوا أنه إذا أرسل رسولا بقبضه، فرآه الرسول، ورضى به: كان المرسل على خياره .

وأجمعوا في خيار العيب أنه^(٦) إذا وكل رجلاً بقبض المبيع، فقبض الوكيل، وعلم بالعيب، ورضى به: لا يسقط خيار الموكل .

(١) في ح: «أكبر» .

(٢) في ب: «يفسخ إن شاء» . وفي ح: «إن رضى فيصح العقد إن شاء» .

(٣) الواو من ب .

(٤) في ح: «ولأن» .

(٥) «قبضه» من ح . وفي ب: «قبض ورآه» .

(٦) «أنه» من ح .

وأما خيار الشرط ، فلا رواية عن أبي حنيفة ، واختلف المشايخ :
قال بعضهم : على هذا الاختلاف .
وقال بعضهم : لا يسقط بالاتفاق .

وأما بيان ما يسقط به الخيار - فنقول :

إن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحا ، بأن قال المشتري : «أسقطت
خيارى» ^(١) - كذا روى ابن رستم ^(٢) عن محمد : لا ^(٣) قبل الرؤية ولا
بعدها ، بخلاف خيار الشرط وخيار العيب .
والفرق أن هذا الخيار ثبت ، شرعا ، لحكمة فيه ^(٤) ، فلا يملك العبد
إسقاطه ، كما فى خيار الرجعة : فإنه لو قال «أسقطت الرجعة وأبطلت» :
لا تبطل ، ولكن إن شاء <راجع> ^(٥) ، وإن شاء تركها حتى تنقضى العدة ،
فتبطل الرجعة ، حكما - بخلاف خيار الشرط : فإنه يثبت بشرطها ، فجاز أن
يسقط بإسقاطها . وكذلك خيار العيب : فإن السلامة مشروطة من المشتري ،
عادة ، فهو كالمشروط صريحا .

ثم خيار الرؤية إنما يسقط بصريح الرضا ، ودلالة الرضا ، بعد الرؤية ،

(١) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « خياره » .

(٢) هو إبراهيم بن رستم أبو بكر الرزوى - راجع ترجمته فى الملحق ٦ ص ٤٦ من
الجزء الأول .

(٣) فى ب و ح : « لا يسقط » .

(٤) « لحكمة فيه » من ب . وفى ح : « بحكمة فيه » .

(٥) فى ب و ح : « رجع » . وفى الأصل : « يرجع » .

لا قبل الرؤية، ويسقط بتعذر^(١) الفسخ، ويلزوم^(٢) العقد، حكما وضرورة، قبل الرؤية وبعدها، لما ذكرنا أنه لا يثبت في الأصل إلا بعد الرؤية^(٣)، فلا^(٤) يجوز أن يسقط بالرضا، صريحا ودلالة، إلا بعد ثبوته - حتى إنه إذا رأى وصلاح له يجيزه^(٥)، وإن لم يصلح له^(٦) يردده، لأنه شرع نظرا له، ولكن إذا تعذر الفسخ بأي سبب كان، أو لزوم العقد^(٧) بطريق الضرورة، سقط قبل الرؤية خياره أو بعدها، لأنه لا فائدة في ثبوت حق الفسخ، فالتزم^(٨) العقد ضرورة، ويجوز أن يثبت الشيء ضرورة، وإن كان لا يثبت قصدا، كالموكل: لا يملك عزل الوكيل، بدون علمه، قصدا، ويملك ضرورة^(٩): بأن باع الموكل - بنفسه ليعزل^(١٠) الوكيل.

إذا ثبت هذا تخرج عليه^(١١) المسائل:

- إذا وهب المبيع من غيره، ولم يسلمه، أو عرضه على البيع، ونحوهما^(١٢).

(١) كذا في ب و ح - وفي الأصل: « بتذر ».

(٢) كذا في ب - وفي الأصل: « ولزوم » - وفي ح: « ويلزمه ».

(٣) هنا تكرار في ب.

(٤) في ح: « ولا ».

(٥) في ب و ح: « يجيزه ».

(٦) « له » من ح.

(٧) في ح: « بأي سبب كان لزوم العقد ».

(٨) في ب: « فالتزم » - وفي ح: « والتزم ».

(٩) في ح: « بالضرورة ».

(١٠) في ب و ح: « ينزل ».

(١١) « عليه » من ب.

(١٢) كذا في ب - وفي الأصل و ح: « ونحوهما ».

قبل الرؤية : لا يسقط ، لأنه لا يسقط ^(١) بصريح الرضا في هذه الحالة - فكذا لا يسقط بدلالة الرضا ^(٢) ،

- ولو أعتق المشتري العبد أو دبره ^(٣) ، أو دبر ^(٤) ، أو استولد الجارية : فإنه يسقط الخيار ، قبل الرؤية وبعدها ، لأنه تعذر الفسخ ، لأن ^(٥) هذه حقوق لازمة ، أثبتتها للعبد ^(٦) ، ومن ضرورة ثبوت الحق اللازم ، من المالك لغيره ، لزوم المالك له ، فثبت اللزوم ، شرعا ، ضرورة ثبوت الحق اللازم ، شرعا ^(٧) ، ومتى ثبت اللزوم تعذر الفسخ .

- ولو رهنه المشتري ولم يسلمه ^(٨) ، أو أجره من رجل ، أو باعه على أن المشتري بالخيار : سقط خياره قبل الرؤية ، وبعدها - حتى لو افتك الرهن ، أو مضت المدة ^(٩) في الإجارة ، أو رده ^(١٠) على المشتري بخيار الشرط ، ثم رآه : لا يكون له الرد ، بخيار ^(١١) الرؤية ، لأنه أثبت حقا لازما ، لغيره ، بهذه التصرفات ، فيكون من ضرورته ^(١٢) لزوم المالك له ، وذلك بامتناع

(١) « لأنه لا يسقط » ليست في - .

(٢) « الرضا » ليست في - .

(٣) « أو دبره » ليست في - .

(٤) « أو دبر » ليست في ب .

(٥) في ب و - : « ولأن » .

(٦) في - : « لازم أثبتها العبد » .

(٧) « ضرورة ثبوت الحق اللازم شرعا » ليست في - .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل و - : « ولم يسلم » .

(٩) « المدة » ليست في - .

(١٠) الماء من ب .

(١١) هكذا في ب و - . وفي الأصل : « بخلاف خيار الرؤية » .

(١٢) في - : « ضرورة » .

ثبوت الخيار ، فيبطل ضرورة ، لأنه لا فائدة فيه .

وفى خيار العيب : لا يسقط هذه التصرفات ، لأن ثمة العقد لازم . مع العيب ، بعد القبض ، حتى لا يمكنه الرد إلا بقضاء أو رضا^(١) . وإذا كان لازما ، فلا يسقط الخيار ، لضرورة اللزوم ، وإنه لازم .

- وعلى هذا : < ف > المشتري إذا كاتب ، ثم عجز العبد ، ورد^(٢) فى الرق . ثم رآه : لا يثبت له خيار الرؤية ، لأن الكتابة عقد لازم^(٣) .
- وكذلك لو وهب ، وسلم ، قبل الرؤية ، لأنه بالتسليم أثبت حقا لازما ، فإنه لا يقدر على الرجوع إلا بقضاء أو رضا .

هذا إذا كان المشتري بصيرا .

أما إذا كان المشتري أعمى حتى ثبت له الخيار ، بسبب جهالة الأوصاف ، لعدم الرؤية ، < ف > بماذا يسقط خياره ؟ اختلفت الروايات ، عن أصحابنا ، فيه : والحاصل^(٤) أن ما يمكن^(٥) جسده ، وذوقه ، وشمه : يكتفى بذلك ، لسقوط^(٦) خياره ، فى أشهر الروايات ، ولا يشترط بيان الوصف له ، ويكون بمنزلة نظر^(٧) البصير - وفى رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف ، مع ذلك ، لأن التعريف الكامل فى حقه يثبت بهذا .

(١) زاد هنا ب و ح : « وهما بخلافه » .

(٢) فى ب : « ورد » .

(٣) زاد هنا فى ح : « فى حق المولى » .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « بالحاصل » .

(٥) فى ح : « إذا كان يمكن » .

(٦) فى ح كذا : « السقوط لجهالة خياره » .

(٧) فى ب : « بمنزلة رؤية » . وفى ح : « بمنزلة النظر من » .

أما مالا يمكن جسده، بأن^(١) اشترى ثمارا على رؤوس الأشجار: فإنه يعتبر فيه الوصف، لا غير، في أشهر الروايات - وفي رواية: يوقف في مكان لو كان بصيرا لرأى ذلك.

وأما إذا كان المبيع دارا أو عقارا: فلا يصح من^(٢) الروايات أنه يكتمى^(٣) بالوصف، فإذا رضى به كان منزلة النظر من البصير .
وقالوا في الأعمى: إذا اشترى شيئا، فوصف له، ورضى^(٤) بذلك، ثم زال العمى، فلا خيار له، لأن الوصف خلف عن الرؤية في حقه، والقدرة على الأصل، بعد حصول المقصود بالبدل، لا تسقط حكم^(٥) البدل. ولو اشترى البصير شيئا لم يره، فوصف له، فرضى^(٦) به، لم يسقط خياره، لأنه لا عبرة للخلف مع القدرة على الأصل.

ولو اختلف البائع والمشتري فقال البائع: «بعتك هذا الشيء»، وقد رأته، وقال المشتري: «لم أره» - فالقول قول المشتري، لأن البائع يدعى عليه إزام العقد، وهو منكر، فيكون القول قوله، ويستحلف المشتري، لأن البائع يدعى عليه سقوط حق الفسخ، ولزوم العقد، وهذا مما يصح بذله والإقرار به، فيجوز فيه الاستحلاف.

(١) في ب و ح: «كما إذا» .

(٢) في ح: «في» .

(٣) زاد هنا في ب: «منه» . وفي ح: «فيه» .

(٤) في ح: «فرضي» .

(٥) زاد هنا في ح: «حق» .

(٦) في ب: «ورضى» .

ولو رأى عبداً أو دابة، ثم اشترى بعد ذلك، بشهر أو نحوه، فلا خيار له، لأنه اشترى شيئاً قد رآه، وثبت هذا الخيار معلق بشراء شيء لم يره، ولأن ما هو المقصود من الخيار قد ثبت، فكان الإقدام على الشراء دلالة الرضا.

ولو اختلفا فقال المشتري: «قد تغير عن الحالة التي رأيته»^(١)، والبائع ينكر: فالقول قول البائع مع يمينه، لأن دعوى التغير إما أن تكون دعوى العيب أو دعوى تبدل هيئته فيما يحتمل التبدل^(٢)، وهذا دعوى أمر عارض، فيكون القول قول من تمسك بالأصل^(٣).

(١) في ب: «رأيت».

(٢) في ح: «البذل».

(٣) زاد في ب: «والله تعالى أعلم».

باب

خيار العيب

الكلام فيه فى مواضع :
فى بيان شرعية ^(١) خيار العيب ،
وفى بيان العيوب التى توجب الخيار : جملة ، وتفصيلا ،
وفى بيان كيفية الرد ^(٢) ،
وفى بيان ما يمنع الرد ، ويسقط الخيار ،
وفى بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب ، وما لا يمنع ،
وفى بيان الإبراء عن العيوب .

أما الأول

فلأن سلامة البدلين ، فى عقد المبادلة ، مطلوبة عادة ، فتكون بمنزلة
المشروط صريحا . ولو اشترى جارية على أنها بكر أو خبازة ، ولم توجد ^(٣) :
ثبت الخيار ، لفوات ^(٤) غرضه - كذا هذا .

و ^(٥) أما بيان العيوب المروية للخيار فى الحمد - فنقول :

كل ما أوجب نقصان القيمة والثمن فى عادة التجار : فهو عيب يوجب الخيار .

(١) فى ب : « مشروعية » .

(٢) « وفى بيان كيفية الرد » من ح . وهى فى ب ما عدا كلمة « بيان » .

(٣) فى ح : « ولم يوجد » .

(٤) فى ب : « بفوات » .

(٥) « و » من ب و ح .

ومالا يوجب نقصان القيمة والتمن^(١) :فليس بعيب .

وأما تفصيل العيوب :

فهى على نوعين :

أحدهما : ما يوجب فوات جزء من المبيع ، أو تغييره ، من حيث الظاهر ،
دون الباطن .

والثانى : ما يوجب النقصان ، من حيث المعنى ، دون الصورة .

أما^(٢) الأول - فكثير ، نحو : العمى ، والعمور ، والشلل ، والزَّمَانَةُ^(٣) ،
والإصْبَعُ - الناقصة ، والسن السوداء ، و^(٤) السن الساقطة ، <والسن >
الشاغية^(٥) ، والظفر الأسود ، والصمم ، والحرس ، والبكم ، والقروح ،
والشجاج ، وأثر الجراح ، والأمراض كلها التى تكون فى سائر البدن ،
والحميات - وهذا كله ظاهر .

وأما الثانى - فنحو : السعال القديم ، وارتفاع الحيض فى زمان طويل
أدناه شهران^(٦) فصاعدا فى الجوارى .

(١) « فهو عيب يوجب ... القيمة والتمن » ساقطة من ح .

(٢) « أما » من ب و ح .

(٣) يقال زَمِنَ الشخص زَمَانَةً إذا مرض مرضاً يدوم زماناً طويلاً (المصباح) .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « أو » .

(٥) « الشاغية » من ب . والسن الشاغية هى التى تزيد على الأسنان ويخالف منبتها منبت

غيرها . وقيل الشغى أن تتقدم الأسنان العليا على السفلى . وقيل لأن السن الشاغية معنيين : أحدهما
أن تكون زائدة . والثانى أن تكون أطول أو أكبر أو مخالفة لمنبت التى تليها (المصباح) .

(٦) فى ح كذا : « شهرا » .

ومنها - صُهوَبَة^(١) الشعر، والشَّمَط^(٢)، والشَّيب: في العبيد والجواري .
والبَخَر^(٣) عيب في الجواري، دون العبيد، إلا أن يكون فاحشاً،
أو يكون عن داء . وكذلك الدَفَر^(٤) .

ومنها - الزنا: عيب في الجواري، دون الغلمان، إلا إذا كثر ذلك
منهم، وصار عادة لهم: فيكون عيباً .

وكذا كونه ولد الزنا: يكون عيباً في الجواري، دون العبيد .

والجل عيب في الجارية، لا في البهايم .

والنكاح في الغلام، والجارية: عيب .

والكفر عيب: في الجارية، والغلام .

ومن هذه الجملة: الإباق، والسرقة، والبول في الفراش، والجنون:
وحاصل الجواب فيها^(٥) أنها في الصغير الذي لا يعقل ولا يأكل وحده:
لا تكون عيباً، لأنه^(٦) لا يعرف الامتناع من هذه الأشياء، فلا يثبت
به وجود العيب بالاحتمال . فأما إذا كان صديقاً عاقلاً، فإنه يكون عيباً .
ولكن عند اتحاد الحالة: يثبت حق الرد، لا عند الاختلاف، بأن ثبت أنه

(١) أى اجمراه (المصباح) .

(٢) الشَّمَط بياض شعر الرأس يخالط سواده (مختار الصحاح) .

(٣) البَخَر تن ربيع الغم - يقال هو أَبَخَرَ وهى بَخَرَاء (المصباح) .

(٤) الدَفَر تن الريح (المصباح) .

(٥) أى في الإباق والسرقة والبول في الفراش . أما الجنون فسيأتى الكلام عليه وحده عقب

الكلام على الأولى . وفى ب و ح : « فيه » .

(٦) فى ب : « لأنها » .

أبق^(١) عند البائع ، ثم يَأْبَقُ عند المشتري ؛ كلاهما فى حالة الصغر ، أو كلاهما فى حالة الكبر ، لأن سبب وجود هذه الأشياء فى حالة الصغر عيب ، وهو : قلة المبالاة ، وقصور العقل ، وضعف المثانة ، وفى حال الكبر يكون السبب سوء اختياره ، وداء فى الباطن^(٢) ، فإذا اتفق الحالان : علم أن السبب واحد ، فيكون هذا العيب ثابتاً عند البائع . فأما إذا اختلف ، فلا يعرف ، لأنه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم < ي > حدث النوع الآخر ، عند المشتري ، فلا يكون^(٣) له حق الرد - كالمبد إذا حم عند البائع ثم حم عند المشتري : فإن كان هذا الثانى غير ذلك النوع : لا يثبت حق الرد^(٤) ، وإن كان من نوعه ثبت حق الرد - كذا هذا .

فأما الجنون : إذا ثبت وجوده عند البائع < ف > هل يشترط وجوده ثانياً عند المشتري ؟ ليس فيه رواية نصاً^(٥) . واختلف المشايخ :

< ف > بعضهم قالوا : لا يشترط ، لأن محمداً قال : الجنون عيب لازم أبداً ، فلا يشترط وجوده ثانياً عند المشتري ، بخلاف السرقة والابواق والبول فى^(٦) الفراش : فإنه ، ما لم يوجد عند المشتري ، لا يثبت حق الرد . وقال بعضهم : لا يكون^(٧) له حق الرد ما لم يوجد^(٨) ثانياً عند المشتري ،

(١) فى ح : « فإنه ثبت أنه عبد أبق » .

(٢) فى ب : « فى البطن » .

(٣) فى ح : « فلا يجوز » .

(٤) « كالمبد إذا حم ... الرد » من ب و ح - إلا أن فى ح : « حتى » .

(٥) فى ب و ح : « أيضاً » .

(٦) فى ح : « على » .

(٧) فى ب : « لا يثبت » .

(٨) فى ح : « ما لم يكن » .

كما في الإبقاء ونظائره ، إلا أن الفرق أن في الجنون : لا يشترط اتحاد الحالة . فإن^(١) جن عند البائع ، وهو صغير^(٢) ، ثم جن عند المشتري بعد البلوغ : فإنه يثبت حق الرد ، < و > في الإبقاء ونظيره : لا يثبت حق الرد ، إلا عند اتحاد الحالة - على ما ذكرنا .

وأما كيفية الرد - فنقول :

إن المشتري إذا ادعى عيبا بالمبيع ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه^(٣) : إما أن يكون عيبا ظاهرا مشاهدا ، كالإصبع الزائدة ، والسن الشاغية الزائدة^(٤) ، والعمى ، ونحوها^(٥) .

أو كان عيبا باطنا ، في نفس الحيوان ، لا يعرفه إلا الأطباء . أو يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال ، ويطلع عليه النساء . أو يكون عيبا لا يعرف بالمشاهدة ، ولا بالتجربة والامتحان ، عند الخصومة ، وذلك كالإبقاء ، والسرقة ، والبول على الفراش ، والجنون . أما إذا كان عيبا^(٦) مشاهدا - فإن القاضى لا يكلف المشتري بإقامة البينة على إثبات العيب عنده ، لكون العيب ثابتا ، عنده ، بالعيان والمشاهدة ،

(١) في ب : « بأن » .

(٢) في ب و ح : « وهو صغير عاقل » .

(٣) اعتبرها الرخى أربعة فقال : « ثم البوب التي يطمئن المشتري بها أنواع أربعة » المبسوط ، ١٣ : ١١٠ . وكذا ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ١٧٣ . وامل الصحيح هنا أيضا أن تكون أربعة كما يتبين مما يلي .

(٤) « الزائدة » ليست في ب و ح . وقد تقدم تعريف « السن الشاغية » في الهامش ص ١٣٦ .

(٥) في ب : « ونحوه » .

(٦) « عيبا » من ب و ح .

ويكون للمشتري حق الخصومة ، مع البائع ، بسبب هذا العيب ^(١) ، فبعد هذا :
القاضي ينظر في العيب الذي يدعى : فإن كان عيبا لا يحدث مثله في يدي
المشتري ، كالأصبع الزائدة ونحوها : فإنه يرد على البائع ، ولا يكلف
المشتري بإقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع ، لأنه يتقن ثبوته ^(٢)
عنده ، إلا أن يدعى البائع الرضا ^(٣) والإبراء ، فيطلب منه البينة ،
< فـ > إن أقام البينة عليه ^(٤) ، وإلا فحينئذ يستحلف المشتري على دعواه :
فإن ^(٥) : « كل لم ^(٦) يرد عليه ، وإن حلف ، رد على البائع : فإن كان عيبا ،
يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري ، فإن القاضي يقول للبائع « هل حدث
هذا عندك ؟ » ، فإن قال « نعم » ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا
والإبراء ، وإن أنكر الحدوث عنده ، فإنه يقول للمشتري « ألك بينة ؟ » ،
فإن أقامها قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا والإبراء ^(٧) ، وإن لم
يكن له بينة : ذكر في « الأصل » ، وقال : يستحلف البائع على البتات ^(٨) بالله :
« لقد بعته ، وسلمته ، وما به ^(٩) هذا العيب » ، لأن هذا أمر لو أقربه لزمه ،

(١) في ب : « البيع » .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « بثبوته » .

(٣) في ب : « أو » .

(٤) « إن أقام البينة عليه » ليست في ب . و « إن أقام البينة » ليست في ح .

(٥) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « وإن » .

(٦) « لم » ليست في ب .

(٧) هنا في ح تكرار .

(٨) أى على القطع والجزم ، لا على مجرد نفي العلم .

(٩) « وما به » غير واضحة في الأصل ، ولكنها واضحة في ب و ح .

فإذا أنكر، يحلف، لصدق^(١) قوله، وإنما يحلف على هذا الوجه، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل القبض، فيثبت^(٢) له حق الرد، فلا بد من ذكر البيع والتسليم.

ثم من المشايخ من قال: لا يجب أن يستحلف هكذا، لأنه^(٣) يبطل حق المشتري، في الرد، في بعض الأحوال، لأنه يكون للمشتري حق الرد بعيب حادث بعد البيع قبل القبض، فتي حلف على هذا الوجه لم يحنث، إذا حدث^(٤) العيب قبل القبض، لأن شرط الحنث وجود العيب عند البيع والقبض جميعا، ولكن الاحتياط للمشتري أن يحلف البائع بالله: «ما المشتري رد السلعة»^(٥) بهذا العيب الذي يدعى، وقيل: يحلف بالله «لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعى».

ومنهم من قال بأن^(٦) ما ذكر محمد صحيح مع إضمار زيادة في كلامه، فيحلف البائع بالله «لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب»^(٧) لا عند البيع ولا عند التسليم، إلا أن محمد اختصر كلامه، والاختصار ثابت في اللغة^(٨)، فيحمل كلامه عليه.

(١) في ب: «فحلف يصدق». وفي ح: «حلف اصدق».

(٢) «فيثبت» غير واضحة في الأصل، ولكنها واضحة في ب و ح.

(٣) في ب كذا: «لا» و «نه» ساقطة، فصارت: «لا يبطل».

(٤) في ح: «أحدث».

(٥) في ب: «حق الرد للسلعة».

(٦) «أن» من ح.

(٧) «الذي يدعى ومنهم من قال ... وما به هذا العيب» ساقطة من ب.

(٨) في ب: «والاختصار من باب اللغة» . وفي ح: «والاختصار باب من اللغة».

وأما إذا كان العيب باطلا لا يعرفه إلا الخواص من الناس ، كالأطباء والنخاسين - فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب : فإن اجتمع على ذلك العيب رجالان مسلمان ، أو قال ذلك رجل مسلم عدل ، فإنه يقبل قوله ، ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا يقول القاضي للبائع : « هل حدث عندك العيب الذي يدعى ؟ »^(١) فإن قال « نعم » قضى عليه بالرد ، وإن أنكر يقيم المشتري البينة ، فإن^(٢) لم يكن له بينة استحلف البائع على الوجه الذي ذكرنا : فإن حلف : لم يرد عليه ، وإن نكل : قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو^(٣) الإبراء .

وإن كان العيب مما لا يطلع عليه^(٤) الرجال ، وبطلع عليه النساء - فإنه يرجع إلى قول النساء ، فترى امرأة مسلمة^(٥) ، عدلة^(٦) ، والثنتان أحوط . فإذا^(٧) شهدت على العيب ، ففي هذه المسألة عن أبي يوسف روايتان ، وكذا عن محمد روايتان :

في رواية فرق أبو يوسف بين ما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد

(١) « العيب الذي يدعى » من ب . وفي الأصل و ح : « عندك عيب » (فقط) .

(٢) « أنكر يقيم المشتري البينة فإن » ليست في ب و ح .

(٣) في ب و ح : « و »

(٤) « عليه » من ب و ح وايس في الأصل .

(٥) في ب : « سليمة » .

(٦) هكذا في ب . وفي الأصل : « عدلا » . وفي ح : « عدل » .

(٧) في ب : « فإن » .

المشتري - فقال : إن كان في يد البائع ، رد ^(١) المبيع بشهادتها ^(٢) ، لأن ما لا يطلع عليه الرجال فقول المرأة الواحدة بمنزلة البينة ، فيثبت العيب بهولها ، و ^(٣) العيب الموجود عند البائع ، يفسخ ^(٤) به البيع . وإن كان بعد القبض ، أقبل ^(٥) قولها ^(٦) في حق ^(٧) إثبات الخصومة ، ولا أقبل في حق الرد على البائع ، لأن المبيع وجد ^(٨) مميبا في ضمان المشتري ^(٩) فلا أنقل الضمان إلى البائع ، بقول النساء ، ولكن أثبت حق الخصومة ليثبت الاستحقاق ^(١٠) .

وفي رواية قال : إن كان العيب مما لا يحدث مثله : يفسخ بقولهن ، لأن العيب قد ثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع ييقين ، فيثبت حق الفسخ ، وإن كان عيبا يحدث ^(١١) مثله ، لم يثبت حق الفسخ بقولهن ، لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن ^(١٢) .

(١) في ح : كذا : « ردوا » .

(٢) في ح : « شهادتها » . وفي ب : « فشهادتها » .

(٣) في ب : « بقولها في العيب » .

(٤) في ح : « ويفسخ » .

(٥) في ح : « يقبل » .

(٦) في ب : « قولها » .

(٧) « في حق » من ح .

(٨) في الأصل بين كلمة « المبيع » وكلمة « وجد » إشارة تدل على وجود نقص مستدرك في الهامش ، وفي الهامش لا يظهر إلا مؤخر كلمتين هما في نظرنا « ضمان المشتري » .

(٩) في ب و ح : « لأن المبيع دخل في ضمان المشتري... النع »

(١٠) في ب : « ولكن أثبت في حق الخصومة بسبب الاستحلاف » .

(١١) في ب : « حدث » . وفي ح : « فإن كان لا يحدث » .

(١٢) في ب : « مما يعلم من جهة غير هذا » . وفي ح : « ما يعلم من وجه غير هذا » .

وأما عن محمد : < فـ > فى رواية قال : لا يفسخ بقولهن ، بحال . وفى رواية : يفسخ ، قبل القبض وبمده ، بقولهن ، لأن قولها ^(١) فيما لا يطلع عليه الرجال ^(٢) ، كالبينة ، كما فى النسب .

وأما العيب الذى ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف بقول الناس ، كالأباق والجنون والسرقة والبول على الفراش - فقد ذكرنا أنه لا بد من ثبوت العيب عند المشتري وعند البائع ، عند اتحاد الحالة ، إلا فى الجنون : فإن اتحاد الحال ليس بشرط فى الجنون .

فإن أقام المشتري ^(٣) البينة على حدوث العيب عنده ^(٤) ، فإنه يقول القاضى للبائع : « هل أبقيت عندك ؟ » فإن قال « نعم » ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو ^(٥) الإبراء ؛ وإن أنكر الأباق أصلا ، و ^(٦) ادعى اختلاف الحالة ، يقول القاضى للمشتري « ألك بينة ؟ » فإن قال « نعم » وأقام البينة على ما يدعى ، قضى عليه بالرد ، وإن قال « لا » يستحلف البائع بالله « ما أبقيت عندك قط منذ بلغ ، ولا جن عندك قط » ، فإن حلف انقطعت ^(٧) الخصومة بينهما ، وإن نسكل عن اليمين قضى عليه ^(٨) بالرد .

(١) فى ح : « قولهن » . وفى ب : « قولها » .

(٢) « الرجال » ليست فى ح .

(٣) « المشتري » من ب و ح .

(٤) « عنده » ليست فى ب .

(٥) فى ح : « ر » .

(٦) فى ب و ح : « أو » .

(٧) التاء من ب و ح .

(٨) « قضى عليه » ليست فى ب .

وإن لم يجد المشتري بينة على إثبات أصل العيب عند نفسه ، هل يستحلف القاضى البائع على ذلك أم لا ؟ .

لم يذكر فى بيوع الأصل ^(١) د ^(٢) ، وذكر فى الجامع ^(٣) وقال : يستحلفه على قول أبى يوسف ومحمد ^(٤) ولم يذكر قول أبى حنيفة ^(٥) - > فن المشايخ < من قال ^(٦) : يستحلف ، بلا خلاف . ومنهم من قال : هذه المسألة على الاختلاف : < ف > قول أبى حنيفة ^(٧) : لا يستحلف : نص عليه فى كتاب التزكية ، على ما يعرف فى الجامع ^(٨) - والله أعلم .

ثم كيف يستحلف ؟ قالوا : يستحلف على العلم ، لأنها يمين ، على ^(٩)

(١) فى ب : « لم يذكر فى البيوع فى الأصل » . وفى ح : « لم يذكر فى البيوع نبوته فى الأصل » .

(٢) أضاف فى الأصل : « وذكر هنا وقال يستحلفه » . وفى ب : « وذكر هنا وقال يستحلف » . وفى ح : « وذكر هنا : يستحلفه » والظاهر لنا أنها سبق فلم من الناسخ لاذ لم ترد فى الكسانى (٥ : ٢٧٩ : ٢٠) وراجع أيضا : المرغبانى ، الهداية ، ٥ : ١٧١ . والهامش ٨ الآتى .

(٣) انظر : محمد ، الجامع الكبير ، ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « على قولها » .

(٥) « أبى حنيفة » من ب و ح . وهى غير واضحة فى الأصل

(٦) فى ح : « منهم من قال » - انظر الهامش التالى الذى بعده .

(٧) « منهم من قال يستحلف ... على قول أبى حنيفة » ليست فى ب .

(٨) لعله يقصد شرحه للجامع الكبير ، راجع : النخبة ، ح ١ ، ص ٢١ من المقدمة -

قال الكسانى (٥ : ٢٧٩ : ٢٠) : « هل يستحلف البائع ؟ لم يذكر فى

الأصل ، وذكر فى الجامع أنه يستحلف فى قول أبى يوسف ومحمد . وسكت عن قول

أبى حنيفة . < و > عن المشايخ من قال : يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولها لا يدل

على أن أبى حنيفة مخالفهما ، ومنهم من قال : المسألة على الاختلاف ذكرت فى النوادر .

وذكر الطحاوى أيضا أن عند أبى حنيفة لا يستحلف ، وعندهما يستحلف » راجع أيضا :

المرغبانى ، الهداية ، ٥ : ١٧١ ، وكذا البارقى ، وابن الهمام ، عليه ، نفس الصفحة .

(٩) فى ب : « فى » .

غير فعله: « بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا^(١) العبد الآن^(٢) ». -
فإن نكل عن اليمين: ثبت العيب عند المشتري، فيثبت له حق الخصومة.
و^(٣) إن حلف: برىء.

وأما ما يبطل من الرد ويمنع وجوب الأرش، وما لا يمنع - < فنقول >:
أصل الباب أن الرد بالعيب يمتنع بأسباب:
منها - حدوث العيب عند المشتري عندنا - خلافاً للمالك، والشافعي في
أحد قوايه.

والصحيح قولنا، لأن المبيع خرج عن ملكه معيباً بعيب واحد،
فلو رد، يرد بعين^(٤)، وشرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذ،
ولم يوجد.

ومنها - الزوائد المنفصلة المتولدة من العين بعد القبض، كالولد، والثمر،
أو الاستفادة^(٥)، بسبب العين، كالأرث والعقر: تمنع الرد بالعيب،
وسائر أسباب الفسخ، كالأقالة، والرد بخيار الرؤية، والشرط - في
قول علمائنا.

وقال الشافعي: لا تمنع.

(١) « هذا » ليست في ب .

(٢) « الآن » ليست في ح .

(٣) « و » ليست في ح .

(٤) في ح كذا: « ولو رد يرد والعقر تعين » وفي ب: « فلو رد لرد تعين » .

(٥) في ب: « والثمرات الاستفادة » وفي ح: « والثمر والاستفاد » .

وأجمعوا أن الكسب أو الغلة ، التي تحدث بعد القبض : لا تمنع فسخ العقد (١) .

وأجمعوا أن الزوائد المنفصلة قبل القبض : لا تمنع الفسخ ، بل يفسخ (٢) على الأصل والزوائد جميعا (٣) .

فأما في الزوائد المتصلة ، كالسمن ، والجمال ونحوهما ، وقد حدثت بعد القبض - فإنه لا يمنع الرد بالعيب إذا رضى المشتري ، لكونها تابعة للأصل حقيقة ، وقت الفسخ ، فإذا انفسخ العقد على الأصل ، يفسخ فيها (٤) تبعا .

فأما إذا أبى المشتري أن يرد (٥) ، وأراد الرجوع (٦) بنقصان العيب وقال البائع : « لا أعطيك نقصان العيب ولكن ردّ على المبيع : حتى أرد عليك الثمن (٧) » - هل للبائع ذلك ؟

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (٨) : ليس له ذلك .

وعلى قول محمد : له ذلك .

(١) زاد في ب و ح هنا : « على الأصل » .

(٢) « بل يفسخ » ليست في ب .

(٣) « جميعا » ليست في ب .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فيها » .

(٥) في ب : « يرد » .

(٦) في ب : « وأراد أن يرجع عليه » .

(٧) في ب و ح : « جميع الثمن »

(٨) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « قولها » .

وهذا لأن الزيادة المتصلة ، بعد القبض ، تمنع فسخ العقد ، على الأصل ، إذا لم يوجد الرضى ممن ^(١) له الحق في الزيادة عندهما ، وعند محمد لا تمنع - كما في مسألة المهر : إذا ازداد زيادة متصلة ، بعد القبض ، ثم طلقها الزوج ، قبل الدخول بها - على ما نذكر في كتاب النكاح .

ومنها - تعذر الفسخ بأسباب مانعة من الفسخ - على ما عرف .

ومنها - الرضى بالعيب ، صريحاً أو دلالة ^(٢) ، على ما ذكرنا في خيار الشرط ؛

أو وصول عوض الفات ، إليه ، حقيقة أو اعتباراً . وكان المشتري حق الرجوع بنقصان العيب في المواضع التي امتنع الرد ^(٣) ، إلا إذا وجد الرضا صريحاً أو دلالة ، أو وصل إليه العوض حقيقة أو اعتباراً ، لأن ضمان النقصان بدل الجزء الفات ^(٤) ، فإذا رضى بالعيب ، فقد رضى بالمبيع القائم ، بجميع الثمن ، بدون الجزء الفات ، فلا يجب شيء ؛ وإذا حصل العوض ^(٥) ، فكأن الجزء الفات صار قائماً معنى ، بقيام خلفه ^(٦) .

هذا الذي ذكرنا إذا كان المشتري عاقداً لنفسه .

فأما إذا كان عاقداً لغيره : < ف > إن كان ممن يجوز أن يلزمه الخصومة ، كالوكيل ، والشريك ، والمضارب ، والمأذون ، والمكاتب ،

(١) في ب كذا : « ثم » .

(٢) « دلالة » ساقطة من ب .

(٣) « في المواضع التي امتنع الرد » وردت في ب و ح قبل « وكان المشتري حق

الرجوع ... » وهذه في ب : « أو كان المشتري ... » .

(٤) في ب : « والفات » .

(٥) في ح : « فإذا حصل الفرض » .

(٦) في ب : « اقيام بدله » .

فالحصومة تلزمه ، ويرد ^(١) عليه بالعيب بالحجة ^(٢) ، لأنها من حقوق العقد ، وحقوق العقد ^(٣) ترجع إلى العاقد إذا كان ممن يلزمه الحصومة ، كالعائد لنفسه ، فما قضى ^(٤) به على العاقد رجع به على من وقع له العقد ، لكونه قائماً مقامه ؛ إلا ^(٥) المسكاتب والمأذون ، فإنهما لا يرجعان على المولى ، ولكن الدين يلزم المسكاتب ، ويباع فيه المأذون ، لأنهما يتصرفان لأنفسهما ، فلا يرجعان على غيرهما .

فأما القاضى والإمام إذا عقدا بحكم الولاية ، أو أمينهما بأمرهما ، لم يلزمهم الحصومة ، ولم يصيروا ^(٦) خصماً في الباب ، إلا أنه ينصب خصماً يخاصم ^(٧) في ذلك ، فما ^(٨) قضى به عليه ^(٩) رجع في مال من وقع التصرف له ، وإن كان التصرف للمسلمين رجع في بيت مالهم .

فأما العاقد إن كان صيباً محجوراً ، أو عبداً محجوراً بإذن إنسان ، في بيع ^(١٠) أو شراء ، فلا خصومة عليهما ولا ضمان ، وإنما الحصومة على من وكلهما في ذلك

(١) في ح : « والخصومة تلزمه فبرد » .

(٢) في ح : « لا بالحجة » .

(٣) « وحقوق العقد » ساقطة من ح .

(٤) هكذا في ب . وفي ح : « فيما يقضى » . وفي الأصل : « رضى » .

(٥) « إلا » من ب و ح .

(٦) في ب : « لم يلزمهما ولم يصيرا » .

(٧) في ب : « مخاصما » .

(٨) في ح : « فيما » .

(٩) في ب : « فما قضى له عليه به » .

(١٠) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « يبيع » .

التصرف ، لأن حكم العقد وقع للموكل ، والعاقد ليس من أهل لزوم
العهد^(١) ، فيقوم مقامه فى مباشرة التصرف لا غير ، بمنزلة^(٢) الرسول
والوكيل فى النكاح .

. . .

وأما البراءة عن العيوب - < فنقول > :

جملة^(٣) هذا أنه إذا باع شيئاً على أن البائع برىء عن كل عيب ،
فعمم ولم يخص شيئاً^(٤) من العيوب ، فإن البيع جائز ، والشرط جائز ، فى
قول علمائنا - حتى لو وجد المشتري به عيباً فأراد أن يردّه ، فليس له ذلك .
وقال الشافعى : البراءة عن كل عيب لا يصح ، ما لم يسم العيب
فبقول : « عن عيب كذا » ،

وكذلك على هذا الخلاف البراءة^(٥) ، والصلح عن الديون المجهولة^(٦) .
وإذا لم يصح البراءة عن كل عيب عنده - هل يفسد العقد به أم لا ؟
فله فيه^(٧) قولان :

فى قول : يبطل العقد أيضاً .

وفى قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط .

(١) فى ح : « العقد » .

(٢) فى ح : « فيصير بمنزلة » .

(٣) هكذا فى ح . وفى الأصل و ب : « وجلة » .

(٤) فى ح كذا : « عن كل بيع يعم ولم يبين شيئاً » .

(٥) فى ح : « والبراءة » .

(٦) فى ح : « الدين المجهول » .

(٧) « فيه » من ب و ح .

وقال ابن أبي لبى : ما لم يعين العيب ، ويضع يده على العيب ، ويقول : « أبرأتك عن هذا العيب » - فإنه لا يصح الإبراء .

ثم إذا صح هذا الشرط ، عندنا - يبرأ عن كل عيب من العيوب ، الظاهرة والباطنة ، لأن اسم العيب يقع ^(١) على الكل .

فأما إذا قال : « أبرأتك عن كل داء » : روى عن أبي يوسف أنه يقع على كل عيب ظاهر ، دون الباطن .

وروى الحسن عن أبي حنيفة على عكسه : أنه يقع على كل عيب باطن ، والعيب الظاهر يسمى مرضاً ^(٢) .

ولو أبرأ البائع عن كل غائبة : روى عن أبي يوسف أنه يقع على السرقة ، والإيقاق ، والفجور ، وما كان من فعل الإنسان مما يعد عيباً عند التجار . ثم اتفق علماؤنا على أنه يدخل تحت البراءة المطلقة ، العيب الموجود وقت البيع .

واختلفوا في العيب الحادث بعد البيع قبل القبض ؟ قال أبو يوسف : يدخل تحت البراءة ، حتى لا يملك المشتري الرد بالعيب الحادث .

وقال محمد : لا يدخل ، حتى يملك الرد بذلك العيب . وهذا فرع مسألة أخرى ، وهي ^(٣) أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل

(١) « يقع » من ب و ح .

(٢) فى ح : « سمي مرضاً » . وفى ب : « يسمى رضا » .

(٣) فى ب و ح : « وهو » .

عيب يحدث بعد البيع قبل القبض ، هل يصح هذا الشرط أم لا (١) ؟
 عند أبي يوسف : يصح . وعند (٢) محمد : لا يصح - فلما صحت البراءة
 عن العيب الحادث حالة التنصيص ، فكذا في حالة الإيطلاق عن كل
 عيب ، فيدخل تحته (٣) الحادث بعد البيع قبل القبض ، فلما كانت
 البراءة عن العيب الحادث بعد البيع قبل القبض ، لا تصح عند محمد حالة
 التنصيص ، فحالة الإيطلاق أولى .

ثم ما ذكرنا من الجواب ، فيما إذا قال : « أبرأتك عن كل
 عيب مطلقاً » .

فأما إذا قال : « أبيعك على أني برىء من كل عيب به » لم يدخل في
 ذلك العيب الحادث ، في قولهم جميعاً ، لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصها
 بالموجود القائم عند العقد ، دون غيره .

ولو قال : « على أني برىء من كل (٤) عيب كذا » وسمى ضرباً
 من العيوب أو ضربين ، لم يبرأ من غير ذلك النوع ، مثل أن يبرأ من
 القروح أو (٥) الكلى ، ونحو ذلك لأنه أسقط الحق من نوع خاص (٦) .
 ولو كانت البراءة عامة ، فاختلفاً (٧) في عيب ، فقال البائع : « كاذبه يوم

(١) « أم لا » من هـ .

(٢) « يصح وعند » من ب و هـ . وفي الأصل : « عند أبي يوسف ومحمد » .

(٣) في هـ : « تحت » .

(٤) « كل » ليست في ب .

(٥) في ب : « و » .

(٦) « ونحو ... خاص » من ب و في هـ : « وغير ذلك ... عن نوع خاص » .

(٧) في هـ : « واختلفا » .

المقد ، وقال المشتري : « بل حدث قبل القبض » ، فالقول قول البائع عند أبي يوسف وعند محمد ^(١) ، لأن البراءة عامة ، فإذا ادعى المشتري حدوث عيب فيريد ^(٢) إبطال العموم ، فلا ^(٣) يبطل قوله إلا ببينة .

وقال زفر والحسن : القول قول المشتري ، لأن الأصل هو ثبوت الحق ، والمشتري هو المبريء ، فيكون القول قوله في ^(٤) مقدار البراءة . ولو كانت البراءة من عيب خاص سماه المشتري ثم اختلفا فقال ^(٥) البائع : « كان بها ^(٦) » وقال المشتري : « حدث قبل القبض » - فالقول قول ^(٧) المشتري عند محمد ، ولم يثبت عن أبي يوسف قول ، لأن ^(٨) هذه البراءة خاصة ، فالقول فيها ^(٩) قول المشتري ، كافي البراءة عن دين ^(١٠) خاص ^(١١) .

(١) في ب و ح : « عند أبي يوسف ومحمد » .

(٢) في ح : « ويريد » .

(٣) في ح : « ولا » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٥) في ح : « ... البراءة عن كل عيب بها ما اختلفا فقال ... » .

(٦) أي يوم المقد .

(٧) « قول » من ب و ح .

(٨) في الأصل : « قوله » - وفي هامش الأصل مكتوب « عند أبي يوسف » فتكون

المبارة إذا أخذنا بما في هامش الأصل : « ولم يثبت عند أبي يوسف قوله لأن » . وفي ب : « ولم يثبت عند أبي يوسف لأن » . وفي ح : « ولم يثبت وعند أبي يوسف القول قوله لأن هذه » .

(٩) « فيها » ليست في ب .

(١٠) في ح : « كل دين » .

(١١) زاد في ح : « والله أعلم » . وفي ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الإقانة والمراجعة

وغير ذلك

في الباب (١) فصول :

بيان المراجعة ،

وبيان الإقالة ،

وبيان حكم الاستبراء (٢) .

وبيان جواز التفريق بين ذوى الرحم المحرم ، وتحريمه في البيع (٣) .

أما الأول - فنقول :

البيع في حق البدل ينقسم خمسة أقسام :

بيع المساومة - وهو البيع بأى ثمن اتفق ، وهو المعتاد .

والثانى - بيع المراجعة : وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح .

والثالث - بيع التولية : وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير

زيادة ولا نقصان .

(١) فى الاصل : « قال الشيخ رحمه الله : فى الباب » .

(٢) استبراء الجارية : طلب براءة زوجها من الحمل (المغرب) .

(٣) فى هـ : « فى المبيع » .

والرابع - الاشتراك^(١) : وهو بيع التولية في بعض^(٢) المبيع ، من النصف والثلث وغير ذلك^(٣) .

والخامس - بيع الوضعية : وهو تملك المبيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه^(٤) .

ثم الأصل في بيع المراجعة أنه مبنى على الأمانة ، فإنه يبيع بالثمن الأول ، بقول البائع ، من غير بينة ولا استحلاف ، فيجب صيانه عن حقيقة الحيانة وشبهها^(٥) فإذا ظهرت الحيانة يجب رده ، كالشاهد^(٦) : يجب قبول قوله ، فإذا ظهرت الحيانة يرد قوله - كذا هذا . إذا ثبت هذا فنقول :

إذا باع شيئاً ، مراجعة ، على الثمن الأول ، فلا يخلو : إما أن يكون الثمن من ذوات الأمثال ، كالدرهم والدنانير ، والمكيل ، والموزون ، والمعدود^(٧) المتقارب ، أو يكون من الأعداد المتفاوتة ، مثل العبيد والدور والثياب والerman والبطاخير ونحوها .

(١) كذا في الكسائي (١٩: ٢٢٦: ٥) . وفي الأصل و ب و ح : « الاشتراك » .

(٢) « بعض » من ب و ح . وفي الأصل : « بيع » .

(٣) في ح : « في » .

(٤) « والثلث وغير ذلك » ليست في ح .

(٥) في ب : « نقصان يسير منه » . وفي ح : « نقصان شيء من ثمن » .

(٦) في ح : « وشبهها » .

(٧) في ب : « كما في الشاهد » .

(٨) في ب و ح : « والمدى » .

أما إذا كان الثمن الأول مثلياً فباعه مرابحة على الثمن الأول وزيادة ربح : فيجوز ، سواء كان الربح من جنس الثمن الأول أو لم يكن ، بعد أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً ، نحو الدرهم ، والخمسة ^(١) ، وثوب مشار إليه ، أو دينار ، لأن الثمن الأول معلوم ، والربح معلوم .

فأما إذا كان الثمن الأول لا مثل له ، فإن أراد ^(٢) أن يبيعه مرابحة عليه ، فهذا على وجهين : إما أن يبيعه مرابحة ممن كان العرض ^(٣) في يده وملكه ، أو من غيره .

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده ، لا يجوز ، لأنه لا يخلو : إما أن يبيعه مرابحة بذلك العرض ^(٤) أو بقيته - ولا وجه الأول ، لأن العرض ^(٥) ليس في ملك من يبيعه منه ، ولا وجه أن يبيعه مرابحة ، بقيته ، لأن القيمة تعرف بالحزر والظن ، فيتمكن فيه شبهة الخيانة ^(٦) .

وأما إذا أراد أن يبيعه ، مرابحة ^(٧) . ممن كان العرض في يده ، وملكه ^(٨) - فهذا على وجهين :

إن قال : « أبيعك ، مرابحة ، بالثوب الذي في يدك وربح ^(٩) عشرة

(١) في ب : « الدراهم » فقط . وفي ح : « الدراهم الخمسة » .

(٢) في ح : « وأراد » . وفي ب : « فأراد » .

(٣ - ٥) في ح : « الموض » .

(٦) في ح : « الخيار » .

(٧) « بقيته لأن القيمة تعرف ... يبيعه مرابحة » ليست في ب .

(٨) « وملكه » ليست في ب و ح . وفي ح : « ممن كان الموض في يده »

(٩) هكذا في ب . وفي ح : « وربح » . وفي الأصل : « وربح » .

دراهم، جاز، لأنه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم، وهي معلومة.
وإن قال: «أبيعك بذلك»^(١) الثوب بربح^(٢) ده يازده^(٣)، فإنه
لا يجوز، لأن تسمية ربيع^(٤) «ده يازده -أو- أحد عشر» يقتضى أن يكون
الربح من جنس رأس المال، لأنه لا يكون أحد عشر^(٥) إلا وأن
يكون الحادى عشر من جنس العشرة < فـ > صار كأنه باع بالثمن^(٦)
الأول وهو الثوب، وبجزء^(٧) من جنس الأول، والثوب لا مثل له
من^(٨) جنسه .

ثم فى^(٩) بيع المراجعة، يعتبر رأس المال، وهو الثمن الأول،
< أى > ما ملك المبيع به، ووجب^(١٠) بالعقد، دون ما نقده^(١١)، بدلا
عن الأول - بيانه :

إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم، ثم أعطى عنها ديناراً، أو ثوباً قيمته
عشرة دراهم^(١٢) أو أقل أو أكثر، فإن رأس المال هو العشرة المسماة

(١) «بذلك» ليست فى ح . وفى ب : «ذلك» .

(٢) «ربح» ليست فى ب .

(٣) معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر . أى كل عشرة ربحها واحد (ابن الهمام ، فتح

القدير ، ٥ : ٢٥٤) .

(٤) «ربح» ليست فى ب و ح . وفى ح : «تسميته : ده يازده» .

(٥) فى ب : «لأنه لا يكون الربح من جنس رأس المال لأنه لا يكون أحد عشر...»

(٦) فى ب : «الثلث» .

(٧) فى ب : «بجزء» .

(٨) فى ح : «فى» .

(٩) «فى» من ب .

(١٠) فى ب و ح : «وجب» .

(١١) فى ح : «دون ما يبدده» . وفى ب كذا : «دون ما يفسده» .

(١٢) «دراهم» من ب و ح .

فى (١) العقد، دون الدينار (٢) والثوب ، لأن هذا يجب بعقد آخر ، وهو الاستبدال (٣) .

وكذلك من اشترى ثوباً بعشرة ، وهى خلاف نقد البلد ، ثم قال لآخر : « أبيعك هذا الثوب بربح درهم » لزمه عشرة مثل التى وجبت (٤) بالعقد . وإن كان يخالف نقد البلد ، والربح يكون من نقد البلد ، لأنه أطلق الربح ، فيقع على نقد البلد (٥) .

ولو نسب الربح إلى رأس المال فقال : « أبيعك بربح العشرة » أو : ده يازده - أو - بربح أحد (٦) عشر ، فالربح من جنس الثمن الأول ، لأنه جعله جزءاً منه ، فكان على صفته .

ولو اشترى ثوباً ، بعشرة دراهم جيداً ، ثم إنه دفع إلى البائع عشرة دراهم ، بعضها جيداً وبعضها زيوف ، وتجاوز بذلك البائع (٧) ، ثم أراد أن يبيعه مرابحة ، جاز له أن يبيعه مرابحة (٨) على العشرة الجيد ، من غير بيان ، لأن المسمى المضمون بالعقد هو الجيد ، لكن جعل الرديئة بدلاً عن الأول ، بعقد آخر .

(١) « فى » من ب . وفى الأصل : « من » . وفى ح : « و » .

(٢) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « دنانير » .

(٣) فى ح كذا : « الاستبدال » .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل : « وجب » وفى ح : « الذى وجب » .

(٥) « والربح يكون ... البلد » من ب و ح .

(٦) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « أحد عشرة » .

(٧) « البائع » من ب و ح .

(٨) « جاز له ... مرابحة » ليست فى ب .

ولو اشترى ثوباً بعشرة ، نسيئة ، فباعه مرابحة على العشرة ، وبيّن أنه اشتراه بها نسيئة ، لا يكره ، لأنه لم يوجد الحيانة ، حيث أعلم^(١) المشتري بذلك ورضى به . فأما إذا باع مرابحة على العشرة ، من غير بيان النسيئة ، فإنه يكره ، والبيع جائز ، والمشتري الخيار إذا علم ، لأنه وجد الفرور والحيانة ، لأن المشتري إنما اشتراه مرابحة على العشرة ، على تقدير أن الثمن في البيع الأول عشرة^(٢) بطريق النقد ، ويختلف ثمن المبيع بين النسيئة والنقد ، فيثبت له الخيار ، كما لو اشترى برقه ، ثم علم^(٣) في المجلس : يثبت له الخيار - كذا هذا ، بخلاف ما إذا باعه مساومة ، وأكثر من قيمته ، ثم علم المشتري بأنه اشترى بأقل من ذلك : لا يكون له الخيار ، لأن المشتري لم يصّر مغروراً من جهته .

ولو قال : إن قيمته كذا ، وهو أكثر من قيمته ، والمشتري لا يعرف قيمة الأشياء ، و^(٤) اشتراه بناء على قول البائع ، فإنه يكون له الخيار ، لأنه يصير غاراً . أما إذا كان عالماً بالقيمة ، واشتراه بأكثر من ذلك ، لغرض له في ذلك ، فلا بأس به ؛ وأصحابنا يفتون في المغبون : أنه^(٥) لا يرد ، ولكن هذا في مغبون لم يفر ، أما في^(٦) مغبون غرّ < ف > يكون

(١) في ح : « علم » .

(٢) في ب و ح : « كان عشرة » .

(٣) في ب : « أعلم » .

(٤) في ح : « أو » .

(٥) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « بالمغبون لأنه » .

(٦) « في » من ب .

له حق الرد ، استدلالاً بمسألة المراجعة في النسبة .

ولو اشترى بدين له على رجل ، فله أن يبيعه مراجعة من غير بيان ،
لأنه اشترى بدين في (١) ذمته ، لأن الدين لا يتعين ثمنه .

وإن أخذ ثوباً صالحاً من دين له على رجل ، ليس له أن يبيعه مراجعة
على ذلك الدين ، لأن مبنى الصالح على الخط .

ولو اشترى ثوباً بعشرة ، ثم رقه بأكثر من الثمن ، وهو قيمته بأن (٢)
كان قيمته أكثر من ذلك ثم باعه مراجعة (٣) على الرقم ، جاز ، ولا يكون
خيانة ، لأنه باع المبيع من غير خيانة ، حيث (٤) ذكر الرقم . ولكن
هذا إذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير والثمن غير .
وأما إذا كان عنده أن المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء : فإنه يكون
خيانة ، وله الخيار (٥) .

وكذا لو ملك شيئاً بالميراث (٦) ، أو الهبة ، فقومه رجل عدل بقيمة (٧)
عدل ، ثم باعه مراجعة على قيمته ، وهي كذا (٨) : لا بأس به ، لأنه صادق
في مقالته .

(١) « في » من ب و ح .

(٢) في ح : « إن » . وانظر الهامش التالي .

(٣) في ب : « ولو اشترى ثوباً بعشرة وهو قيمته ، أو كان قيمته أكثر من ذلك ، ثم رقه
بأكثر من الثمن وهو قيمته ثم باعه مراجعة ... الخ » .

(٤) « حيث » ايست في ب .

(٥) في ب : « فإنه يكون له الخيار » .

(٦) في ب : « من الميراث » .

(٧) في ب : « قيمة » .

(٨) في ح : « وهكذا » بدلا من : « وهي كذا » .

ولو اشترى شيئاً بعشرة دراهم^(١)، فقال^(٢) لرجل آخر: «اشترت هذا باثني عشر وأبيعك مرابحة بربح درهم»، ثم ظهر أن الثمن الأول كان عشرة، إما بإقرار البائع أو بالينة: قال أبو حنيفة ومحمد رحمته الله عليهما: لا يحط قدر الحيانة من الثمن، ولكن يتخير المشتري: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء رضى به بجميع الثمن. وقال أبو يوسف بأنه يحط قدر الحيانة، وحصته من الربح، ويكون العقد لازماً بالباقي من الثمن: فيحط عنه درهمان، <وحصتهما>^(٣) من الربح، وذلك^(٤) سدس درهم.

. . .

هذا في بيع المرابحة.

فأما إذا خان^(٥) في بيع التولية: <فقد> قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحط^(٦) قدر الحيانة، ويلزم البيع، بالثمن الباقي، بلا خيار.

وقال محمد بأنه لا^(٧) يحط قدر الحيانة، لكن يتخير المشتري ما دام المبيع^(٨) قائماً، فإذا هلك سقط خياره.

(١) «دراهم» ليست في ب و هـ.

(٢) في هـ: «وقال».

(٣) في الأصل: «وحصتها». وفي ب و هـ: «وحصته».

(٤) هكذا في ب. وفي الأصل و هـ: «فذلك».

(٥) «خان» من هـ. وفي الأصل و ب: «كان».

(٦) هكذا في ب. وفي الأصل و هـ: «يحط عنه». وهنا في ب تكرار.

(٧) «لا» من ب و هـ.

(٨) في هـ: «البيع».

فأبو يوسف سوى بين التولية والمراجعة، وقال: يحط قدر الحيانة فيها، ويلزم العقد، بالباقي، فيها^(١). ومحمد سوى بينهما وقال: لا يحط قدر الحيانة فيها، ويثبت له الخيار. وأبو حنيفة فرق فقال: يحط قدر الحيانة في التولية، ولا يحط في المراجعة.

ثم الأصل أن كل نفقة ومثونة حصلت في السلعة، وأوجبت زيادة في المعقود عليه، إما من حيث العين^(٢) أو من حيث القيمة، وكان^(٣) ذلك معتادا إلحاقه برأس المال عند التجار: فإنه يلحق^(٤) برأس المال، كأجرة القصار، والخياطة، والكراء، وطعام الرقيق وكسوتهم، وعلف الدواب وثيابهم؛ ونحو ذلك، ويبيعه^(٥) مراجعة عليه، ولا يقول عند البيع: إن ثمنه كذا، ولكن يقول: يقوم على بكذا فأبيعك على هذا مع ربح كذا، حتى لا يكون كاذبا في كلامه.

أما أجرة تعليم القرآن والأدب والشعر والحرف، فإنها لا تلحق^(٦)

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « فيها » .

(٢) « العين » من ب و ح . وفي الأصل كذا : « من حيث الغير المعنى » - انظر: المرغيناني، الهداية ، ٥ : ٢٥٥ .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « فكان » - راجع في ذلك : الكاساني ، ٥ : ٢٢٣ : ١٣ . والمرغيناني، الهداية ، ٥ : ٢٥٥ ، وابن الممام ، فتح القدير ، ٥ : ٢٥٥ نقلا عن الإيضاح : « والمعنى المتمتع عليه عادة التجار » .

(٤) في ب : « ملحق » .

(٥) في ب : « يبيعه » .

(٦) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فإنه لا يلحق » .

برأس المال وإن أوجبت زيادة في القيمة ، لأنها ليست بمعارفة عند التجار .
وكذا أجره الطيب ، و ثمن الدواء ، وأجرة الفصاد ، والحجام ^(١) ،
وأجرة الختان ، والبزاع ، وأجرة الرأض والراعى ، وجمل الآبق ، لأن
عادة التجار هكذا .

وأما أجرة السمسار : < ف > في ظاهر الرواية : يلحق ^(٢) برأس المال ،
وفي البرامكة ^(٣) : قال : لا يلحق .

وأما الإرفاق

فشروعة ^(٤) ، لقوله عليه السلام : « من أقال نادما بيعته ^(٥) ،
أقال ^(٦) الله عثرته يوم القيامة » .
ثم اختلفوا فيها :

قال أبو حنيفة : هي فسخ في حق المتعاقدين ، يبيع جديد في حق
الثالث ، حتى إن من اشترى دارا ، ولها شفيع ، فسلم الشفعة ، ثم أقالا
البيع فيها - فإنه يثبت للشفيع الشفعة ثانيا ، لأنها عقد جديد ، في
حق الشفيع .

(١) « والحجام » ليست في .

(٢) في : « ملحق » . وفي ب : « أنه ملحق » .

(٣) في ب : « وفي رواية قال : لا يلحق » . وفي : « وفي البرامكة » . وفي ابن

المهام (٥ : ٢٥٥) : « وفي جامع البرامكة : لا تنضم » .

(٤) الفاء من ب .

(٥) « بيعته » ليست في .

(٦) في ب : « أقاله » .

وقال محمد : الإقالة فسخ ، إلا إذا كان لا يمكن أن تجعل فسخا ، فتجعل بيعا جديدا .

وقال أبو يوسف : هي بيع جديد ما أمكن ، فإن لم يمكن ^(١) : تجعل فسخا - بأن كانت الإقالة قبل قبض المبيع ، وهو منقول : < فإنها > تجعل فسخا ، لأن بيع المنقول ، قبل القبض ، لا يجوز ؛ حتى إذا كان المبيع دارا ، وأقالا ^(٢) قبل القبض ، يكون بيعا ، لأن بيع العقار المبيع ، قبل القبض ، جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال زفر : هي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ، حتى لا يقول بثبوت الشفعة كما قال أبو حنيفة .

ويبنى على هذا أنهما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول ، أو بأقل ^(٣) ، أو بجنس آخر ، أو أجل الثمن في الإقالة : < ف > على قول أبي حنيفة : تصبح الإقالة بالثمن ^(٤) الأول ، ويبطل ^(٥) ما شرطاه ، لأنها فسخ في حق المتعاقدين ، والفسخ يكون بالثمن الأول ، ويبطل الشرط الفاسد . وهو قول زفر ، لأنها فسخ محض ، في حق الناس كافة .

وعلى قول الشافعي : الإقالة باطلة ^(٦) ههنا ، < لانهما > ^(٧) أدخلها

(١) في - : « فإن لم يجد » .

(٢) في - : « أو أقالا البيع » .

(٣) كذا في - . وفي الأصل و ب : « أقل » .

(٤) في - : « لا تصبح الإقالة إلا بالثمن » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ب : « وبطل » .

(٦) في ب : « الإقالة بيع باطل » .

(٧) في الأصل : « لأنها » . وانظر الهامش التالي .

فيها شرطاً^(١) فاسداً ، فهي كالبيع .

وقال محمد^(٢) : إن كانت الإقالة بغير الثمن الأول ، أو بأكثر منه - فهي بيع . وإن كانت بمثل الثمن الأول ، أو أقل - فهي فسخ بالثمن ، ويبطل شرط النقصان ، وكذلك إن أجل يبطل الأجل^(٣) .
وعلى قول أبي يوسف يصح بما^(٤) < ذكرنا >^(٥) من الثمن ، وشرطاً به من^(٦) الزيادة والنقصان والأجل ، لأنها بيع جديد ما أمكن ، وهو ممكن^(٧) .

. . .

وأما^(٨) بيان حكم الاستبراء^(٩) - فنقول :

الاستبراء مشروع .

وهو نوعان : مندوب وواجب .

فالاستبراء المندوب إليه - هو^(١٠) أن الرجل إذا وطئ جاريته ثم أراد بيعها ، يستحب له أن يستبرئها بحیضة ، ثم يبيعها ، عند عامة العلماء .

(١) في ح : « لأنه أدخل شرطاً » . وفي ب : « لأنه أدخل فيها شرطاً » .

(٢) « محمد » من ب و ح .

(٣) « الأجل » من ب و ح .

(٤) « بما » من ب . وفي ح : « لا » . وفي الأصل : « لا » .

(٥) في الأصل و ب و ح : « ذكرنا » .

(٦) في ب : « وشرطاً من » . وفي ح : « وشرطاً في » .

(٧) « وهو ممكن » ليست في ب . وفي ح : « هو ممكن » .

(٨) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فصل في الاستبراء - وأما ... » .

(٩) استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل (المغرب) .

(١٠) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « وهو » .

وقال مالك : واجب ، لأن احتمال العلوق منه قائم ، فيجب عليه
صيانة مائه عن الضياع .

ولكن عندنا : لا^(١) يجب ، لأن سبب الوجوب لم يوجد ، على ما نذكر^(٢) .
وأما الاستبراء الواجب - فهو الاستبراء على من^(٣) يحدث له ملك الاستمتاع
بملك اليمين ، بأي^(٤) سبب كان ، من السبي ، والشراء ، والهبة ، والوصية ،
والميراث ، ونحوها .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال في سبايا أوطاس^(٥) :
« ألا لا توطأ الحبالى حتى يضمن حملهن ، ولا الحسيالى حتى يستبرئ
بحيضة »^(٦) - أوجب الاستبراء على السباي ، والسبي سبب حدوث ملك
الاستمتاع بملك اليمين^(٧) ، فيكون نصا في كل ما هو^(٨) سبب حل
الاستمتاع بملك اليمين ، دلالة^(٩) .

. . .

(١) « لا » ساقطة من ب .

(٢) فى ح : « على ما ذكرنا » .

(٣) فى ح : « ما » .

(٤) فى ب : « ملك الاستمتاع وسبب ملك اليمين بأي » .

(٥) أوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم (المغرب) .

(٦) الحديث فى ح كذا : « ألا لا توطأ الحبالى حتى يضمن ، والحبالى حتى يستبرئ

بحيضة » . والحبالى « جمع الحائل وهى التى لا جبل لها . وقيل : إنما قيل الحبالى لتزواج الحبالى ،
والقياس أن يقال : الحوائل ، لأنها جمع حائل ، ونظيره الغدايا والمشايا والقياس الغدوات « سمدى چاى
(١١١ : ٨) نقلا عن شرح الكاكي .

(٧) فى ب : « اليمين دلالة » - راجع الهامش ٩ الآتى .

(٨) « ما هو » من ب . وفى الأصل : « فى كل سبب وهو سبب حل ... » . وفى ح :

« نصا فى ملك سبب هو بسبب بل الاستمتاع . . » .

(٩) « دلالة » ليست فى ب . راجع الهامشين ٧ و٨ السالفين .

نم مقرر مدة الاستبراء - هي : الحيضة في حق ذوات الأقراء ، وفي حق ذوات الأشهر شهر واحد . لأن الاستبراء إنما يجب صيانة للماء ، كي لا يختلط ماؤه بماء غيره ، فلا بد له من المدة ، وأقل المدة هذا ^(١) .

وإن كانت الجارية ممتدة الطهر ، بأن كانت شابة لا تحيض ، فإن استبراءها لا يكون بشهر واحد ^(٢) كما في الآيسة ؛ واختلف العلماء في مدة استبراءها حتى يباح للمشتري وطؤها عند مضيتها :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يطأها حتى يمضي عليها مدة لو كانت حاملا لظهر آثار الحمل ، من انتفاخ البطن وغيره ، وذلك ثلاثة أشهر وما زاد عليه .

وقال محمد أولا بأنه لا يطأها حتى يمضي عليها ^(٣) أربعة أشهر وعشرة أيام ؛ ثم رجع وقال : شهران ^(٤) وخمسة أيام .
وقال زفر : لا يطأها حتى تمضي سنتان .

ثم ^(٥) ما لم تمض مدة الاستبراء : لا يحل للمالك أن يطأها ، وأن يقبلها ويمسها ^(٦) لشهوة ، وأن ينظر إلى عورتها ، بالنص الذي روينا ، وبالمعنى

(١) « لأن الاستبراء . . . المدة هذا » من ب و ح . غير أنه في ح تقدمت على هذه العبارة العبارة التالية وهي « ولأن كانت الجارية ممتدة الطهر بأن كانت شابة لا تحيض » والظاهر أنه سبق قلم من الناسخ .

(٢) في ح : « لا يكون إلا شهرا واحدا » وهو خطأ كما هو ظاهر مما يلي .

(٣) « عليها » من ح .

(٤) في ح : « شهرا » .

(٥) « ثم » ليست في ح .

(٦) في ح : « وأن يمسا » . وفي ب : « أو يقبلها أو يمسا » .

الذى ذكرنا من صيانة الماء؛ وسواء وطئها البائع أو لا، أو كان بائعها^(١) ممن لا يطؤها، كالمرأة والصبي، لأن احتمال^(٢) الوطء من غيره قائم.

ثم إننا يعتبر الاستبراء بعد القبض، حتى لو مضت مدة الاستبراء بعد البيع، قبل القبض، ثم قبضها - يجب الاستبراء.

هذا هو المشهور من مذهب أصحابنا جميعا.

وروى عن أبي يوسف أنه يجزيه الاستبراء قبل القبض.

ولو اشترى جارية حاملا، فوضعت الحمل، بعد القبض - يباح الوطء، لأن وضع الحمل، في كونه دليلا على براءة الرحم، فوق القرء^(٣).

وإن كان الوضع قبل القبض: <ف> لا عبرة به، لما ذكرنا أنه إنما يجب بسبب حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين، وإنما يحل الوطء بعد القبض، فلا يجب قبل وجود سبب الوجوب.

وعلى هذا: إذا اشترى جارية لها زوج، وقبضها، وطلقها^(٤) زوجها قبل الدخول بها^(٥)، فلا استبراء عليه، لأن السبب غير موجب الاستبراء عند القبض، بسبب كونها حلالا للزوج، فلا يجب^(٦) بعد ذلك.

وعلى هذا: إذا اشتراها، وهي معتدة من زوج، فانقضت^(٧) عدتها بعد

(١) في ب: «بائعها».

(٢) هكذا في ب و ح. وفي الأصل: «لا احتمال».

(٣) «فوق القرء» ليست في ب.

(٤) في ب و ح: «فطلقها».

(٥) «بها» من ب.

(٦) «يجب» من ب و ح. وفي الأصل: «فلا يحل».

(٧) في ح: «وانقضت».

القبض، لأنها لا تجب حال وجود السبب، لمانع^(١)، فلا^(٢) يجب بعد ذلك. ولو انقضت المدة، قبل القبض، يجب الاستبراء بعد القبض، لما قلنا.

ولو حرم فرج الأمة على مولاها، على وجه لا يخرج عن ملكه، لمانع، بعدما كان حلالا، واستبرأها بعد القبض، ثم زال ذلك المانع، بعد الشراء^(٣) - حل^(٤) الوطء، ولا^(٥) استبراء عليه، كما إذا كانتا فتعجز^(٦)، أو زوجها^(٧) فيطلقها^(٨) الزوج قبل الدخول، أو ترد^(٩) عن الإسلام ثم تسلم^(١٠)، أو أحرمت بالحج بإذن سيدها ثم حلت، لأن هذا تحريم^(١١) عارض، مع بقاء الملك المبيح، فلا يمنع صحة الاستبراء^(١٢)، فصار كما لو حاضت ثم طهرت.

ولو اشترى أمة مجوسية أو مسلمة، فسكاتها، قبل أن يستبرئها، أو

(١) في هـ: « وجوب السبب بمانع ».

(٢) « فلا » من ب و هـ.

(٣) « بعد الشراء » ليست في ب و هـ.

(٤) في هـ: « وحل » راجع الهامش السابق.

(٥) في ب و هـ: « فلا ».

(٦) في ب: « فتعجزت ». وفي هـ: « فمجزه ».

(٧) في هـ: « يزوجها ».

(٨) في ب: « فطلقها ».

(٩) في ب: « ارتد ».

(١٠) في ب: « أسلم ». وفي هـ: « يسلم ».

(١١) في هـ: « الحریم ».

(١٢) « فلا يمنع صحة الاستبراء » ليست في هـ.

اشترى جارية محرمة ، فحاضت في حال كتابتها و ^(١)مجوسيتها ، وحال إحرامها بعد القبض ، ثم عجزت المكاتبه ^(٢) ، وأسلمت المجوسية ، وحلت المحرمة عن الإحرام : فإنه يجزى ^(٣) بتلك الحيضة من ^(٤) الاستبراء ، لأنها وجدت بعد وجود سبب الاستبراء ، وهو حدوث ملك اليمين الموجب للملك الاستمتاع ، إلا أنه لا يحل الاستيفاء لما منع ، وهذا لا يمنع من الاعتداد ، كالحيض ^(٥) ، بخلاف ما إذا اشترى جارية يبعاً ، فاسداً ، وقبضها ، ثم حاضت حيضة ، ثم اشتراها بعد ذلك ، شراء صحيحاً ، حيث لا يعتد بتلك الحيضة عن الاستبراء ، لأن الشراء ^(٦) الفاسد لا يوجب ملك الاستمتاع ، وإن اتصل به القبض .

وأما التفريق بين الصغير وبين ذوى الأرحام المجتمع في الملك - فنقول : لا خلاف أن التفريق في الولاد مكروه ، كالتفريق بين الأب وابنه ، ونحو ذلك .

وأما فيمن سواهم من ذوى ^(٧) الرحم المحرم ، كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والحالات ، فإنه يكره التفريق أيضاً ، عندنا - خلافاً للشافعي .

(١) في ح : « أو » .

(٢) « المكاتبه » من ب .

(٣) في ب : « يجزى » . وفي ح : « يتجزى » .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) « كالحيض » ليست في ب .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « شراء » .

(٧) في ب : « وأما من سواهم من ذى » .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « من فرق بين والدته وولدها ، فرق الله بينه وبين الجنة ^(١) » - وذوو ^(٢) إلا رحام ملحقة بالولاد ، فى باب المحرمات ^(٣) ، احتياطاً لحرمة ^(٤) النكاح .

وقال الشافعى : لا يلحق ذوو إلا رحام بالولاد ، كما فى العتق والنفقة ^(٥) .

وإنما يباح التفريق بعد البلوغ .

وقال الشافعى : إذا بلغ سبع سنين جاز التفريق .

والصحيح قولنا ، لما روى الدارقطنى بإسناده عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يجمع ^(٦) عليهم السبى والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » .

ثم متى فرق بينهما بالبيع ، جاز ، مع الكراهة - عندنا .

وقال الشافعى : البيع باطل .

وروى عن أبى يوسف أنه قال : فى الولاد : البيع باطل ، و ^(٧) فى غيرهم : < جائز > ^(٨) مع الكراهة .

وهذا بناء على أن النهى عن المشروع يقتضى بطلان التصرف عند

(١) فى ب : « بينه وبين من أحب وبين الجنة » .

(٢) فى الأصل وغيره : « وذوى » .

(٣) كذا فى ب . وفى الأصل و هـ : « المحرمات » .

(٤) « الحرمة » ليست فى ب . وفى هـ : « كحرمة » .

(٥) « وقال الشافعى ... والنفقة » من ب . وفى هـ : « والشافعى لا يلحق ذوى ... النح » .

(٦) فى ب يشبه أن يكون : « لا يجمع » .

(٧) « و » ليست فى ب .

(٨) وفى الأصل و ب و هـ : « جاز » .

الشافعى ، وعندنا بخلافه ، لكن هذا نهى^(١) لمعنى فى غيره ، بمنزلة البيع وقت النداء .

وإذا اجتمع مع الصغير^(٢) عدد من أقربائه ، من الرحم المحرم^(٣) فى ملك واحد :

فمن أبى يوسف روايتان : فى رواية بشر أنه لا يفرق بينه وبين واحد منهم ، اختلفت جهات قرابتهم كالعمة والحالة ، أو اتفقت كالعمين والحالين والأخوين . وكذا لا يفرق بينه وبين الأبعد^(٤) ، وإن وجد الأقرب^(٥) - حتى إذا اجتمع مع الصغير أبواه وجداه^(٦) : لم يفرق بينه وبين الجدین ، لأن لكل شخص شفقة على حدة^(٧) .

وفى رواية ابن سماعة عنه أنه يجوز التفريق بين^(٨) الصغير وبين الأبعد إذا وجد من هو أقرب منه .

وذكر محمد فى الزيادات : إذا اجتمع مع الصغير أبواه^(٩) : لم يفرق بينه وبين واحد منهما^(١٠) ، وجاز أن يفرق بينه وبين من سواهما ، معها .

(١) « عن المشروع ... نهى » ليست فى ب .

(٢) فى ب : « الصبي » .

(٣) « المحرم » ليست فى ب .

(٤) « اختلفت جهات ... الأبعد » ليست فى ب .

(٥) « ولأن وجد الأقرب » من ب و . ومكانها فى الأصل بياض .

(٦) « وجداه » من ب . وفى ب : « أو جداه » .

(٧) « الجدین لأن ... حدة » من ب و . ومكانها فى الأصل بياض .

(٨) فى ب : « من » .

(٩) « أبواه » ليست فى ب .

(١٠) فى ب : « منهم » .

وإذا اجتمعت القرايات غير الأثب والأثم :

فإن كانت من جهات مختلفة، كأن الأثب وأم الأثم^(١)، والحالة والممة :

لم يفرق بينه وبين واحد منهم .

وإن كانوا من جهة واحدة، كالإخوة، أو العمات، أو الحالات^(٢) :

جازييعهم، من غير كراهة، إلا يبيع واحد منهم^(٣).

ويجوز بيع البعيد^(٤) إذا وجد من هو أقرب منه^(٥)، لأن في

الجنس^(٦) الواحد الشفقة^(٧) من جنس واحد، فيكتفى بواحد^(٨).

وعند اختلاف الجهات يختلف الشفقة، فلكل نوع شفقة تخالف^(٩) النوع

الآخر، فلا بد^(١٠) من اجتماع الكل^(١١).

(١) في ب : « كأن الأثب والأثم » .

(٢) في ح : « كالإخوة والعمة والحالات » .

(٣) أي لا يباع واحد منهم ليقى مع الصغير .

(٤) في ب : « البعيد » .

(٥) « منه » ليست في ب .

(٦) في ح : « في جنس » .

(٧) في ب : « شفقة » .

(٨) في ب و ح : « بالواحد » .

(٩) في ب : « بخلاف » .

(١٠) في ح : « ولا بد » .

(١١) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

(١) النكاح

يحتاج^(٢) إلى :

بيان صفة النكاح المشروعة^(٣) ،

وإلى بيان^(٤) تفسير النكاح لغة ، وإلى تفسيره فى عرف الشرع .

أما الأول

< فقد > اختلف العلماء فيه : قال داود بن على الأصفهاني^(٥) ومن

تابعه من أصحاب الظواهر : إن النكاح فرض عين ، حتى إن^(٦) من تركه

(١) النقص فى ١ الذى نهىنا عليه من قبل فى آخر كتاب الحج وفى أول كتاب البيوع مستمر ، فالمقارنة إذن بالنسختين ب و ح فقط . راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٠ وكذا الهامش ٥ ص ٦٥٨ - ١٠

(٢) كذا فى ح . وفى الاصل : « قال الشيخ رحمه الله : يحتاج » . وفى ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله عليه : يحتاج » .

(٣) فى ح و ب : « المشروع » .

(٤) « بيان » من ب .

(٥) « الأصفهاني » من ب و ح . وهو داود بن خلف إمام أهل الظاهر أبو سليمان ، وقد قيل إن أصله من أصبهان . ومولده بالكوفة ، ونشأته ببغداد . وقد ولد سنة ٢٠٢ هـ وتوفى ببغداد سنة ٢٧٠ هـ . وقد أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه ، وأبى نور ، وروى عنه ابنه أبو بكر محمد بن داود وآخرون . وقد اختلف فى هل يعتبر قوله فى الإجماع أم لا ؟ وقال إمام الحرمين : الذى ذهب إليه أهل التحقيق ، أن منكرى القياس (وداود منهم) لا يمدون من علماء الأمة وحلة الشريعة ، لأنهم مماندون مباهتون ، فيما ثبت استفاضة وتواترها ، ولأن معظم الشريعة صادرة عن الاجتهاد ولا تفتى النصوص بمشر مشارها ، وهؤلاء ملتحقون بالدم (النووى) ، القسم الأول ، الجزء الأول : رقم ١٥٧ ص ١٨٢ وما بعدها .

(٦) « لأن » من ب و ح .

مع القدرة على الوطاء ، والاِنفاق - فإنه يأثم .

وقال الشافعى : إنه مباح .

واختلف أصحابنا :

فقال بعضهم : إنه فرض كفاية : إذا قام به البعض سقط عن الباقي^(١) .

وقال بعضهم : إنه مندوب ومستحب^(٢) .

وقال بعضهم : إنه واجب - لكن بعضهم قالوا : يجب على سبيل

التعين ، بمنزلة الوتر والأضحية . وقال بعضهم : هو واجب على سبيل الكفاية .

ويبتنى على هذا الخلاف مسألة التخلي^(٣) : فمندنا الاشتغال بالنكاح

مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلي لنوافل العبادة ، مع ترك النكاح -

خلافًا للشافعى^(٤) ، وهى مسألة معروفة .

وأما تفسير النطاح

لغة ، فهو الجمع المطلق - يقال : « أنكحنا الفيرا فسرى^(٥) » أى

جمعنا بينها^(٦) .

(١) فى ب : « واختلف أصحابنا : إنه فرض ... عن الباقي أم لا ؟ » .

(٢) فى ب و ح : « مندوب مستحب » .

(٣) أى التخلي للعبادة بدم الزواج (انظر القاموس المحيط) . وفى ح : « التخلي بنوافل عبادة » .

(٤) « خلافًا للشافعى » من ب و ح .

(٥) فى المغرب : « أنكحنا الفيرا فسرى : مثل ، وأصله أن رجلاً خطب ابنته لـ رجل

فأبى أن يزوجه إياها ، ورضيت أمها بتزويجه وغلبت الأب حتى زوجها على كره منه وقال :

« أنكحنا الفيرا » ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . وهذا المثل يضرب فى التحذير من العاقبة : والفيرا فى

الأصل الحمار الوحشى ، استعاره للرجل استعفافاً به . وفى الأصل و ح : « فسرى » . وفى ب :

« فسرى » أى فتر (المغرب) .

(٦) « بينها » من ب و ح .

وأما في الشرع فعبارة عن وجود ركن العقد مع شروطه .

. . .

أما ركنه

فهو الإيجاب والقبول من ^(١) الزوجين ، وهما لفظان يعبر بهما عن الماضي ، أو يعبر بأحدهما عن الماضي ، والآخر عن المستقبل . وفي البيع : لا يصح ما لم يكن اللفظان يعبر بهما عن الماضي ^(٢) — على ما ذكرنا في البيوع .

ثم لا خلاف بين العلماء بأن النكاح ينعقد بلفظ التزويج والنكاح . واختلفوا فيما سواهما من الألفاظ ، نحو لفظ البيع ، والهبة ، والتملك ، ونحوها . وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بهذين اللفظين .

وعند أصحابنا : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للملك .

ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للملك الأعيان ^(٣) ، كالبيع والهبة ، ولا ينعقد بلفظ ^(٤) موضوع للملك المنافع ، كالأجارة والإعارة .

وقال الكرخي : ينعقد بلفظ وضع ^(٥) للملك مطلقا ، سواء كان للملك

(١) في هـ : « بين » .

(٢) « أو يعبر بأحدهما ... الماضي » من ب و هـ .

(٣) في ب : « للملك » .

(٤) في ب و هـ : « والهبة لا بلفظ » .

(٥) « تملك المنافع ... بلفظ وضع » ساقطة من هـ .

الاعيان أو لتعليك المنافع، حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده^(١).
 وأما لفظ^(٢) الوصية: <ف> إن ذكر مطلقاً بأن قال^(٣): «أوصيتك^(٤)
 بابنتي هذه بألف درهم»، لا يصح، لأن الوصية تملك بعد الموت، والنكاح
 المضاف إلى وقت^(٥) لا يجوز، بأن قالت المرأة^(٦): «زوجت نفسي منك شهر
 رمضان بألف درهم». وأما إذا قال: «أوصيتك بابنتي هذه الآن بألف
 درهم» أو^(٧) لم يذكر المهر، وقبل الزوج، فإنه ينعقد النكاح.
 وأما بلفظة الإحلال، والتحليل، والإباحة: <ف> لا ينعقد، لأنها
 لا تقتضى التملك.

وكذا بلفظة المتعة، بأن قال الزوج: «أتمتع بك بكذا»^(٨) فرضيت، أو
 قالت «نعم»: لا ينعقد، لأنها لم توضع للتمليك، و^(٩) لأن المتعة صارت
 منسوخة، وهى عبارة عن النكاح الموقت.

وكذا لو قال: «زوجي نفسك منى إلى شهر كذا»^(١٠)، فقالت «نعم»^(١١)!
 زوجت: لا ينعقد النكاح عندنا. وعند زفر: ينعقد النكاح، ويلغو ذكر

(١) فى ب: «عندنا».

(٢) هكذا فى ح. وفى الأصل و ب: «افظة».

(٣) فى ب و ح: «وفال».

(٤) كذا فى ب و ح. وفى الأصل: «أوصيك».

(٥) فى ب ح: «إلى الوقت».

(٦) «المرأة» من ب و ح.

(٧) كذا فى ب و ح. وفى الأصل: «و».

(٨) فى ح: «وكذا بلفظ... أتمتع بك كذا».

(٩) «وكذا بلفظة... لم توضع للتمليك و» ليست فى ب.

(١٠) «كذا» من ب و ح. (١١) «نعم» من ب و ح.

الوقت . وعندنا هو ^(١) تفسير نكاح المتعة ، وإنه ^(٢) منسوخ .

وأما النكاح المضاف إلى وقت ، أو المعلق بشرط : <ف> لا يصح ، بالإجماع ، بأن قالت : « زوجت نفسي منك غدا أو شهر رمضان الآتي » - أو « زوجت نفسي منك إن خلت الدار » ^(٣) ، فقال الزوج « قبلت » . ولو ^(٤) قال : « أزوجهك على أن أطلقك إلى عشرة أيام » فرضيت ، أو قالت « نعم » أو قالت : « زوجت نفسي منك على هذا » فإنه ينعقد النكاح ، ويبطل الشرط .

هذا الذي ذكرنا هو الحكم في الزوجين . فأما إذا كان أحد العاقلين مالكا ، والآخر وليا ، أو وكىلا ، أو رسولا - فكذلك الجواب ، لأنه ^(٥) لا بد من وجود لفظين ، وهو الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر . وأما إذا كان الواحد وليا من الجانبين ، أو وكىلا ، أو رسولا ، من الجانبين ^(٦) ، أو وكىلا من جانب ، ووليا من جانب - فإنه يكتفى فيه بكلام واحد ، بأن يقول : « زوجت فلانة من فلان بكذا » فينعقد العقد ، ولا يحتاج إلى أن يقول : « قبلت عن فلان » لأن كلامه يقوم مقام كلامين - وهذا عندنا .

(١) في ب : « هذا » . وفي ح : « هذه » .

(٢) في ب و ح : « وهو » .

(٣) الورقة التي تبدأ بهذه الكلمة وردت في الصورة الفوتوغرافية للأصل متأخرة عن

موضعها بورقتين .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

(٥) « لأنه » من ب و ح .

(٦) « من الجانبين » من ب و ح .

وقال زفر والشافعى^(١): لا يجوز أن يكون الواحد فى النكاح عاقدا من الجانبين - كما فى البيع: لا يجوز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين^(٢). وعندنا: فى البيع يجوز أن^(٣) ينمقد بكلام^(٤) واحد من الجانبين، كالأب والوصى، لكن فى الوكيل لا يجوز على ما عرف فى البيوع.

وأما شروطه فأنواع:

منها - ما يرجع إلى الأهلية من وجود العقل، والبلوغ - وهو شرط عام^(٥) فى تنفيذ كل تصرف دأثر بين الضرر والنفع.

ومنها - الحرية: فإن العبد والأمة إذا تزوجا بدون إذن المولى، فإنه لا ينمقد النكاح، فى حق الحكم، على ما روى عن النبى عليه السلام، أنه قال: «أما عبد تزوج بغير إذن سيده، فهو عاهر».

وكذلك الجواب فى المدبر، وأم الولد، والمكاتب.

فأما إذا أذن المولى، فهو جائز.

وإذا نفذ بإذن المولى، يجب المهر فى رقبته^(٦)، وكسبه: فى^(٧) القن^(٨).

(١) « والشافعى » ليست فى حـ

(٢) « وقال زفر ... وكيلاً من الجانبين » ليست فى بـ

(٣) « يجوز أن » ليست فى بـ . وفيها هنا تكرار .

(٤) الباء من ب و حـ .

(٥) زاد هنا فى حـ : « يتبر » .

(٦) فى حـ : « فى ذمته » .

(٧) فى بـ : « أما فى القن » .

(٨) القن من العبيد الذى ملك هو وأبواه. وعن ابن الأعرابي: عبد قن أى خالص العبودية.

وعلى هذا صح قول الفقهاء لأنهم ينعنون به خلاف المدبر والمكاتب (المغرب) .

وفى غيره: يكون فى الكسب، لافى الرقبة - إلا فى المسكاتب إذا عجز:
< ف > يكون المهر فى رقبته وكسبه : < ف > إما أن يباع فيه ، أو
يؤدى المولى ويستخلص الرقبة ^(١) لنفسه .

وضئها - كون المرأة محملة : فإن المجرمة ^(٢) لا تكون محلاً لحكم ^(٣)
النكاح : قال الله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » إلى أن قال « وأحل
لكم ما وراء ذلكم » ^(٤) .

ثم تحريم النكاح يتنوع إلى تسعة أنواع : تحريم ^(٥) بسبب القرابة ،
وتحريم بالصهرية ^(٦) ، وتحريم بالرضاع ، وتحريم الجمع ، وتحريم تقديم ^(٧)
الأممة على الحرة ، وتحريم بسبب حق الغير ، وتحريم بسبب الملك ،
وتحريم بسبب الشرك ، وتحريم بالطلاق ^(٨) الثلاث .

(١) فى ب و ح : « الرقيق » .

(٢) التاء من ب و ح .

(٣) فى ب و ح : « لثبوت حكم » .

(٤) النساء : ٢٣ - ٢٤ ، ونصها : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم
وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات
نساءكم وربائبكم اللاتى فى حجوزكم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن
فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين إلا ما قد سلف إن الله
كان غفوراً رحيماً . والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء
ذلكم ... الخ » .

(٥) فى ب : « محرم » .

(٦) فى ب : « بسبب الصهرية » .

(٧) فى ب : « بتقديم » .

(٨) فى ب و ح : « بالطلاق » .

أما التحريم^(١) بسبب القرابة - فنقول:

المحرمات بالقرابة سبع فرق: الأمهات، والبنات، والأخوات،
والعمات، والحالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

ويثبت في حق هؤلاء حرمة النكاح، وحرمة الوطء، ودواعيه - بطريق التأييد.
عرفنا ذلك بقوله: «حرمت عليكم أمهاتكم (الآية)»^(٢).

أما الأمهات: فأُم الرجل، وجداته، من قبل أبيه، وأمه، وإن علون.
وأما البنات: فبنات الرجل من صلبه، وبنات الابن وإن سفلن.

وأما الأخوات: فثلاثة أنواع: الأخوات لأب وأم، والأخوات
لأب، والأخوات لأم.

وأما العمات: فثلاثة أنواع: عممة لأب وأم، وعممة لأب، وعممة لأم. وكذا
عمات أبيه، وعمات أجداده، وعمات أمه، وعمات جداته^(٣) - وإن سفلن.
وأما الحالات: فخالة الرجل لأب وأم، وخالته لأب، وخالته لأم،
وخالات آبائه وأمهاته.

وأما بنات الأخ، وبنات الأخت، وبنات بنات^(٤) الأخ، والأخت،
وبنات أبناء الأخ، وبنات أبناء^(٥) الأخت - وإن سفلن.

(١) في ب: «المحرمات».

(٢) النساء: ٢٣. وقد أوردنا نصها في الهامش ٤ من ١٨٠.

(٣) «عمات أمه وعمات جداته» ساقطة من ح.

(٤) «بنات» ساقطة من ح، فأصبحت العبارة فيها: «بنات الأخ».

(٥) «بنات أبناء» من ح. وفي ب سقطت: «وبنات أبناء الأخت» ففيها: «وبنات

أبناء الأخ وإن سفلن».

وأما التحريم بالصهرية - فنقول :

المحرمات بالصهرية أربع فرق :

إحداها - أم الزوجة ، وجداتها ، من قبل الأب ، والام ، وإن علون .
ثم أم الزوجة تحرم بنفس العقد على البنت ، ولا يشترط الدخول بالبنت ،
حتى إن من تزوج امرأة ، تحرم عليه أمها ، دخل بها ، أو لم يدخل - وهذا
قول عامة العلماء ، وعامة الصحابة .

وقال مالك ، وداود والأصفهاني ^(١) ، ومحمد بن شجاع ^(٢) ، وبشر المريسي ^(٣) :
إنها لا تحرم بنفس العقد على البنت ، ما لم يوجد الدخول بالبنت . وحكوا
هذا المذهب عن علي رضي الله عنه .

والصحيح قول العامة ، لفوله تعالى : « وأمهات نسائكم » ^(٤) من غير فصل .
ومنها - بنت المرأة ، لكن يشترط الدخول بالام ، ولا تحرم بنفس
العقد على الام ، لفوله تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن » ^(٥) : شرط الدخول بالام لحرمه الريبة .
وكذا بنات بنت ^(٦) المرأة ، وبنات ابنها أيضاً .

ويستوى الجواب بين ما إذا كانت بنت المرأة في حجر الزوج أو لا ،
خلافاً لبعض الناس .

(١) انظر الهامش ٥ ، ص ١٧٤ .

(٢) انظر الهامش ٦ - ٧ ، ص ١١٨ - ١١٩ ، ص ١٨٠ .

(٣) انظر الهامش ٢ ، ص ٣٥١ ، ص ١٨٠ .

(٤) و (٥) النساء : ٢٣ - راجع نصها في الهامش ٤ ، ص ١٨٠ .

(٦) « بنت » ساقطة من ٨ .

ومنها — حليلة الابن: حرام على أبيه . دخل بها الابن أو لا . وكذا حليلة ابن الابن ، وابن البنت — وإن سفلن ، لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم »^(١) .

وأما حليلة^(٢) الابن المتبني : < فـ > لا تحرم على الأب المتبني لقوله : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم »^(٣) .

ومنها — حليلة الأب ، وحليلة الأجداد ، من قبل الأب ، والأم ، وإن علوا ، لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم »^(٤) . ثم حرمة المصاهرة تثبت ، بطريق التأييد ، بسبب النكاح الصحيح ، دون الفاسد .

وكذا تثبت بالوطء الحلال بملك اليمين . وكذا تثبت بوطء عن شبهة . وتثبت أيضاً بالنظر إلى الفرج عن شهوة ، دون النظر إلى سائر الأعضاء . وتثبت باللمس^(٥) عن شهوة في سائر الأعضاء — وهذا عندنا . وعند الشافعي : لا تثبت باللمس^(٦) والنظر .

ويعنى باللمس^(٧) عن شهوة^(٨) أن^(٩) يشتهي بقلبه ، وهو أمر لا يقف

(١) النساء : ٢٣ — وقد أوردنا نص الآية كلها في الهامش ٤ من ١٨٠ .

(٢) في حـ : « ومنها — حليلة » .

(٣) النساء : ٢٣ — ونصها في الهامش ٤ من ١٨٠ .

(٤) النساء : ٢٢ : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان

فاحشة ومقتا وساء سبيلا » .

(٥) في بـ : « باللمس » .

(٦) و(٧) في حـ : « باللمس » .

(٨) « في سائر الأعضاء — وهذا عندنا ... باللمس عن شهوة » ليست في بـ .

(٩) في الأصل و ب و حـ : « وهو أن » .

عليه إلا اللامس والناظر، فيعرف بإقراره، أمّا تحريك الآلة ولا انتشار فليس^(١) بشرط - وهذا هو الأصل صح، فإنّ المس^(٢) عن شهوة يتحقق من العنين ولا ينتشر^(٣)، وكذا المجبوب لا آلة له^(٤) ويتحقق منه المس والنظر عن شهوة. ونعني بالنظر إلى الفرج : النظر^(٥) إلى عين الفرج ، لا إلى حواليه - و^(٦) هو الأصل صح.

وكذا تثبت حرمة المصاهرة ، بالزنا ، والمس ، والنظر إلى الفرج ، بدون الملك ، وشبهته ، عندنا .

وعند الشافعي : لا يثبت حرمة المصاهرة بالزنا^(٧) - والمسألة معروفة .

وأما التحريم بسبب الرضاع - فنقول :

كل من يحرم من الفرق السبع ، بسبب القرابة : يحرم بسبب الرضاع - قال الله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة »^(٨) وقال عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

وكذا كل من يحرم بالصهرية من الفرق الأربعة ، بالنسب : يحرم

(١) الفاء من ب .

(٢) في ب و ح : « المس » .

(٣) في ب و ح : « ولا تنتشر آلاته » .

(٤) « لا آلة له » من ب و ح .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « هو النظر » . (٦) « و » من ح .

(٧) « والمس والنظر إلى الفرج ... بالزنا » ليست في ب . « والنظر إلى الفرج ..

بالزنا » ليست في ح . وفي الكاساني (ح : ٢٦٠ : ٢ من أسفل) : « وتثبت حرمة المصاهرة

بالزنا ، والمس ، والنظر - بدون النكاح ، والملك ، وشبهته . وعند الشافعي : لا تثبت الحرمة بالزنا ،

فأولى أن لا تثبت بالمس ، والنظر ، بدون الملك » .

(٨) النساء : ٢٣ - ونصها في الهامش ٤ ص ١٨٠ .

بالرضاع - حتى يحرم على الواطيء: أم^(١) الموطوءة، وبناتها من جهة الرضاع. وتحرم الموطوءة على أب^(٢) الواطيء وابنه، من جهة الرضاع. ويحرم موطوءة أب الرضاع على ابنه من الرضاع. ويحرم موطوءة^(٣) ابن الرضاع على أب الرضاع^(٤) - لما روينا من الحديث.

وأما تحريم الجمع^(٥):

فروعان: أحدهما - تحريم الجمع بين الأجنبيات. والثاني - تحريم الجمع بين ذوات الأرحام. وكل واحد منهما على وجهين: الجمع في النكاح، والثاني الجمع في الوطء ودواعيه.

أما تحريم الجمع بين الأجنبيات في النكاح، فإنه تحريم الجمع بين خمس نسوة، فصاعداً. ويباح الجمع بين الأربع وما دونها - وهذا عند عامة العلماء.

وقال بعضهم: يحل الجمع بين تسع نسوة.

وقال بعضهم: يحل الجمع بين ثمانى عشرة.

فأما الجمع في ملك اليمين: < ف > حلال، عقداً، ووطئاً، وإن كثرن،

لقلولل الللى : « إلالل أزلواللل أو مالل ملكل ألمانلل » (١) .

وأمالل الللوم الللعل بالل ذوالل الأزلال ، فنوعان أيلضاً : الللعل فى عقد اللللال ، والللعل فى الوطء بملك الللوم .

أمالل الأول ، وهولل الللوم الللعل نلللال - فنقول :

لالللال (٢) بالل اللللاء فى الللوم الللعل (٣) بالل الللللل ، نلللال ، ولللوم الللعل بالل اللل .

فأمالل الللعل بالل ذوالل رللل لللل نلللال (٤) - للل الللعل فى الولال (٥) ، وللل الللعل بالل الللللل للل سلوالل (٦) ، كالللعل بالل امرأللل لوكانل إلللال ذلراً ، لالللوز نلللال اللللى له ، من اللاللبلل ، أللللال كانل للل (٧) علل ، كالللعل بالل عمال المرأال وبللل بلل أللل (٨) ، وبللل اللال المرأال

(١) سورة المارل : ٣٠ - والآلل ٢٩ - ٣١ هل : « والللل هل الللوم الللعل . إلالل أزلواللل أو مالل ملكل ألمانلل وإنلل لللوم . فنل الللل ورا . ذلل فأوللل هل اللالون » .

(٢) « لاللال » ساقطة من . وانظر فلل اللل اللاللل ٤ .

(٣) « الللعل » من .

(٤) « فنقول ... رللل لللل نلللال » ساقطة من ب .

(٥) فى ب : « الأولال » . وفى : « فى الولال » . والللعل : للل الللعل بالل اللل وبللل ... الل .

(٦) كذا فى . وفى الأصل : « سلوالل » . رالل الللالل ، ٢ : ٢٦٢ .

(٧) فى ب : « من للل » .

(٨) فى : « بلل أللل » .

وبين بنت أختها ، ونحو ذلك - < ف > حرام عند عامة العلماء ^(١) .

وقال عثمان البستي ^(٢) : الجمع فيما سوى الاختين من ذوات الأرحام ، ليس بحرام .

وإذا ثبت أن الجمع بينهما ، نكاحا ، حرام - فإذا تزوج إحداها قبل الأخرى ، فنكاح الأولى جائز . ونكاح الثانية باطل . ولو تزوجها معا ، بطل نكاحهما ، لأن الجمع حصل بهما . فيجب ، على كل واحد منهما ، أن يعتزل عن صاحبه ، ويترك النكاح . ولو علم القاضى بذلك يفرق بينهما . < و > إن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ، ولا عدة عليها ^(٣) ، وإن كان بعد ^(٤) الدخول ، يجب مهر المثل ^(٥) ، مقدرا بالمسمى ، ولا يجب الحد ، وإن قال الزوج « علمت أنها على ^(٦) حرام » ، ولا يدعى شبهة الاشتباه ، لأن شبهة

(١) عبارة المرغباني في الهداية ، وابن الهمام في فتح القدير (٣٦٤ : ٢) : « ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداها رجلا لم يجوز له أن يتزوج بالأخرى - نبي بعد ذكر ذلك القرع بأصل كل يـتخرج عليه هو وغيره ، كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لـكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة للأخرى . أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فـكل من البنتين خالة للأخرى ، فيمتنع الجمع بينهما .. الخ » .
(٢) عثمان البتي فقيه البصرة زمن أبي حنيفة . رأى أنس بن مالك . وروى عن الحسن البصرى . قيل : هو منسوب إلى « البت » وهو موضع قيل له بنواحي البصرة . وقيل : منسوب إلى البت بمعنى الطيلسان من خز ونحوه وكان يبيمه . وقد توفي سنة ١٤٣ هـ . (تهذيب التهذيب ، ٧ : ١٥٣ - ١٥٤ . والابواب في تهذيب الانساب ، ١ : ٩٦ . والقاموس المحيط) .

(٣) في ب : « عليها » ، وفي الكاساني (٢ : ٢٦٣) : « ثم إن كان قبل الدخول : فلا مهر لهما ، ولا عدة عليهما ، لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول . وإن كان قد دخل بهما : فـلكل واحدة منهما العقر ، وعليها العدة ، لأن هذا حكم الدخول في النكاح الفاسد » .

(٤) « بعد » من ب . وهي ساقطة في الأصل . وفي ح : « قل » .

(٥) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « مثل المهر » .

(٦) « على » ليست في ب .

النكاح قائمة . ولو وطئها مرارا قبل التفريق والمشاركة ، لا يجب إلا مهر واحد . لأن العقد الفاسد منعقد من وجه .

ولو وطئها بعد المشاركة مرة أخرى : لا يجب مهر آخر ، ويجب الحد ، لأن هذا زنا .

ولو تزوج أخت جاريته التي وطئها ، أو أخت أم ولده : جاز النكاح ، ولكن لا يطأها^(١) ، مالم يحرم عليه وطء إحداها ، بأن زوج^(٢) أم ولده من انسان ، أو زوج الائمة ، أو باعها ، لأنه لا فراش للائمة عندنا^(٣) - خلافا للشافعى ، وفراش أم الولد ضعيف : ينتفى بمجرد النفى ، ولا يحتاج إلى اللعان^(٤) .

فأما إذا تزوج أخت^(٥) امرأة تعتد منه : < ف > لا يجوز ، عندنا ، سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا أو ثلاثا ، أو بالمحرمة^(٦) الطارئة ، وسواء كانت العدة عن النكاح ، أو عن الوطء بالشبهة .

وقال الشافعى : يجوز ، إلا فى الطلاق الرجعى ، لأن النكاح قائم من وجه ، عندنا ، فى حالة العدة ، والثابت من وجه ، فى باب التحريم ، كالثابت من كل وجه .

وكذلك : لا يجوز له أن يتزوج أربعا أخرى ، سواها ، عندنا - خلافا له .

(١) فى - : « لا يطأها » .

(٢) فى ب و - : « زوج » .

(٣) « عندنا » ليست فى ب .

(٤) « ولا يحتاج إلى اللعان » ليست فى ب و - . انظر الكاسانى ١٥:٢٦٥:٢ وما بعده .

(٥) « أخت » من ب و - . (٦) فى - : « وبالمحرمة » .

وأما إذا تزوج أخت^(١) أم ولده، وهى تعتد منه، بأن أعتقها، ووجبت عليها العدة : فإنه لا يجوز، ويجوز أن يتزوج أربعا، سواها - وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما : يجوز ذلك كله .
وقال زفر : لا يجوز ذلك كله .

وأما الجمع بين الاختين فى ملك اليمين : < ف > جائز عندنا - خلافاً للمالك .

وأما الجمع بينهما وطئاً : < ف > لا يجوز . لكن يطاق^(٢) إحداها ، لا غير .
ولا يجمع بينهما فى المس عن شهوة ، والنظر إلى الفرج .
وإن أزال الموطوءة عن ملكه ، أو زوجها من إنسان : يباح له الاستمتاع بالآخرى .

وهذا قول عامة الصحابة وعامة العلماء .
وروى عن عثمان بن عفان أنه قال : يحل الجمع بينهما^(٣) ، وطئاً ، ولكن أنا لا أفعل .

وأما تحريم تقديم^(٤) الأئمة على الحرمة - < فنقول > :
من كانت^(٥) تحته حرة ، لا يجوز له أن يتزوج الأئمة . ومن كانت^(٦)

(١) « أخت » ليست فى ب .

(٢) « يطاق » من ب و ح .

(٣) « بينهما » من ب و ح .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « تَقَدِّم » - راجع ص ١٨٠ ، س ٨ .

(٥) فى ب : « كان » . (٦) فى ب و ح : « كان » .

تحتة أمة ، جاز له أن يتزوج الحرة . ولو جمع بين نكاح الأئمة والحرة :
لا يجوز نكاح الأئمة ، ويجوز نكاح الحرة ^(١) .

وأصله قوله عليه السلام : « لا تنكح الأئمة على الحرة ، وتنكح
الحرة على الأئمة » ^(٢) .

وإذا كان قادراً على مهر الحرة ، ونفقها : جاز له أن يتزوج الأئمة ،
عندنا . وعند الشافعي : لا يجوز .

ولو كانت الحرة في عدته ، فتزوج الأئمة : لا يجوز عند أبي حنيفة .
وعندهما : يجوز . والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأن النكاح من
وجه ، كالثابت من كل وجه ، في باب التحريم .

وأما التحريم بسبب من الغير :

فنكاح منكوحة الغير : حرام - قال الله تعالى : « والمحصنات من
النساء » ^(٣) .

وكذلك نكاح معتدة الغير ، لأن النكاح قائم من وجه ، وحقه
محترم ^(٤) .

وكذلك منكوحة الذمي ومعتدته ، لأن حقه محترم .

(١) « نكاح الأئمة ويجوز نكاح الحرة » ليست في ب و ح .

(٢) في ح كذا : « لا تنكحوا الأئمة على الحرة وتنكحوا الحرة على الأئمة » .

(٣) النساء : ٢٤ - وقد قدمنا نص الآيتين ٢٣ و ٢٤ من سورة النساء في الهامش

٤ ص ١٨٠ .

(٤) « وحقه محترم » ليست في ب .

فأما المسيبات^(١) المنكوحات : فبعد^(٢) الإحراز بدار الإسلام ،
تقع الفرقة ، وتحل للسباي ، وغيره ، فلا عدة عليهن .

وعند الشافعي : تحل في دار الحرب .

وعلة الفرقة عنده هو^(٣) السبي . وعندنا تباين الدارين ، حتى لو سبي
الزوجان معاً ، لا تقع الفرقة ، عندنا ، لعدم تباين الدارين .

فأما المهاجرة ، وهى المرأة التى دخلت دار الإسلام ، مراغمة^(٤) لزوجها ،
مسلمة^(٥) أو ذمية ، جاز نكاحها ، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة —
وقالا : عليها المدة .

وأما إذا كانت حاملاً ، فعن أبي حنيفة روايتان : فى رواية محمد :
لا يتزوجها . وفى رواية أبي يوسف : يتزوج ، ولكن^(٦) لا يوطأها حتى
تضع حملها .

ولو تزوج امرأة حاملاً ، من زنا — جاز ، ولا يوطأها حتى تضع حملها عندهما .
وعند أبي يوسف : لا يصح النكاح .

والصحيح قولهما ، لأنه لا حرمة لماء الزانى^(٧) ، ولكن لا يوطأها لقوله عليه
السلام : > « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » . وروى
عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا

(١) سبي العدو أسره — والمسيبات النساء يسيبن (يؤسرن) فيملكن (القاموس) .

(٢) فى ب : « فبعد » .

(٣) فى هـ : « وعليه المدة عنده وهو » .

(٤) أى مغاضبة . (٥) فى هـ : « أو مسلمة » .

(٦) من هنا ساقط من الأصل وأخوذ عن ب حتى كلمة « بشهادتهم » الواردة فى ص ١٩٦

انظر الهامش ٣ ص ١٩٦ . (٧) « ماء الزانى » من هـ . وفى ب : « للزانى » .

على امرأة في طهر واحد ، وحرمة الوطء ، بعارض طارىء ، على المحل ، لا ينافى النكاح ، لابقاء ولا ابتداء ، كالحيض والنفاس < (١) .

وأما التحريم بسبب الشرك - فنقول :

لا يحل وطء المشركات ، بنكاح ، ولا بملك يمين . وتحل الكتابيات لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » ، (٢) وقال تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » ، (٣) .

ويجوز نكاح الأئمة الكتابية ، كالحرمة (٤) ، عندنا ، خلافاً للشافعى .

وأما نكاح المجوسيات : < ف > لا يجوز ، ولا يحل وطؤهن بملك اليمين ، لأنه لا كتاب لهن .

فأما الصابئات : < ف > قال أبو حنيفة : يحل بالنكاح ، وبملك اليمين ، خلافاً لهما - وهو ليس باختلاف فى الحقيقة ، وإنما الخلاف لاشتباه مذهبهم : فعند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب ، فإنهم يقرأون الزبور ولا يعبدون

(١) من الكسانى : ٢ : ٢٦٩ : ٥ من أسفل . وفى ب : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر > فلا يجمع مائه فى رحم واحد » . وفى ح : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر > فلا يجمع مائه فى رحم أختين » وهذا الحديث كما ورد فى الكسانى (٢ : ٢٦٤ : ٢٦) : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائه فى رحم أختين » وقد ورد فى الكسانى فى الكلام على عدم جواز الجمع بين أختين ملك يمين نكاحاً .
(٢) البقرة : ٢٢١ .

(٣) المائة : ٥ - : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن محصنين غير مسافعين ولا متخذى أعداء ومن يكفر بالابن فقد حبط عمله وهو فى الآخرة من الخاسرين » .

(٤) فى ح كذا : « كالحرمة سواء » .

الكواكب، لكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة في الاستقبال إليها .
وعندهما أنهم يعبدون الكواكب، فحكمهم حكم عباد الوثن .
وأما نكاح الكفار فيما بينهم : < ف > جائز .
وقال مالك : أنكحتهم فاسدة .

والصحيح قول العامة ، لأن النكاح سنة آدم عليه السلام ، فهم على
شريعته في ذلك ، وقال عليه السلام : « ولدت في ^(١) نكاح ولم أولد
في ^(٢) سفاح » ، وإن كان آباؤه ^(٣) كفارا .

وأما المرتد < ق > : فلا يجوز لمسلم ، ولا لكافر ، ولا لمرتد ، نكاحها ،
لأنه لا ملة لها ، للحال ، لأنها تركت ملة الإسلام ، فلا تقر على ^(٤)
ما صارت إليه من الملة .

ولو ارتد أحد الزوجين : يبطل النكاح .

ولو ارتدا ، معا ^(٥) : يبقى النكاح بينهما - عندنا ^(٦) ، خلافاً لزفر ،
لإجماع الصحابة على ذلك .

وأما < النحر يم > ^(٧) سبب ملك اليمين :

< فهو > ^(٨) أنه لا يجوز نكاح جاريته ، ولا مكاتبته ، ولا جارية مديونه

(١) و(٢) في ح : « من » .

(٣) في ح : « أكثر آباءه » .

(٤) في ح : « ولا يقر لمي » . (٥) في ح : « واو ارتد الزوجان معا » .

(٦) « عندنا » من ح . (٧) في ح : « وأما تحريم سبب » . راجع ص ١٨٠ ، س ٩ .

(٨) في الأصل و ح : « وهو » . والأصل هنا هو ب : راجع فيما تقدم الهامش ٦ ص

١٩١ . وفيما بعد الهامش ٣ ص ١٩٦ .

دينا مستغرقا ، ولا جارية مشتركة^(١) بينه وبين غيره ، ولا جارية له فيها حق الملك ، كجاريته من أكساب عبده المأذون المديون وأكساب مكاتبه^(٢) .
وكذا المرأة : لا يجوز لها أن تتزوج مملوكها ، لأن في النكاح حقا ولا يجوز أن تثبت بين العبد والمولى ، لما بينهما من التنافي .

وكذلك : إذا اعترض ملك اليمين ، يبطل النكاح ، بأن ملك كل واحد من الزوجين صاحبه ، أو^(٣) شقصا منه .

وقالوا في العبد والمدير المأذونين : إذا اشترى زوجته^(٤) : لا يفسد النكاح^(٥) ، لأنه لا يثبت ملك المنفعة ، بملك اليمين ، في حقها .

وكذا المكاتب : إذا اشترى زوجته ، لم يفسد النكاح ، لأنه لا يملكها ، وإنما يثبت له فيها حق الملك ، وإنه يمنع ابتداء النكاح ، ولا يفسد^(٦) ، كالعدة .

وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ، ثم مات : لم يفسد النكاح بينهما ، حتى يعجز ، لأن المكاتب لا يورث . وعند الشافعي : يفسد .

وأمامعتق^(٧) البعض : فهو^(٨) في حكم المكاتب عند أبي حنيفة . وعندهما : حر .

(١) « مشتركة » ليست في - .

(٢) في - : « حق الملك كجارية من أكساب مكاتبته واكتساب عبده المأذون المديون » .

(٣) في - : « و » .

(٤) هكذا في - ، إلا أن فيها : « اشترى » . وفي ب : « وقالوا في العبد والمدير

والمأذون إذا اشترى أزواجهم » .

(٥) « النكاح » من - .

(٦) « لأنه لا يملكها ... ولا يفسد » من - .

(٧) في - : « المعتق » .

(٨) « فهو » من - .

وأما التحريم بالطرق الثمات :

< فقد > ثبت بكتاب الله عز وجل : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ » (١) .

وأحكام المطلقة ثلاثاً تذكر في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى .

ومنها (٢) - الولي والمهر : وفيهما خلاف ، على ما نذكر في بابهما إن شاء الله تعالى .

ومنها - الشهادة : وهي شرط عند عامة العلماء .

وقال مالك : الإيلاء شرط ، حتى إذا وجد الإيلاء بدون حضرة الشهود ، نحو ضرب الدف والطبل ونحوه : ينعقد . ولو حضر شاهدان سراً عن الناس ، وشرطوا عليهما الكتمان : فإنه لا ينعقد .

والصحيح قول عامة العلماء (٣) ، لقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بشهود » .

ثم الشهود الذين ينعقد النكاح بهم فيهم شرائط :

منها - العقل ، والبلوغ ، والحرية : حتى لا ينعقد بحضرة الصبيان ، والمجانين ، والعبيد .

وكذا الإسلام ، في حق نكاح المسلم والمسلمة - حتى لا يجوز إلا بحضرة المسلمين . فأما المسلم إذا تزوج ذمية بشهادة (٤) ذميين : جاز عند أبي

(١) البقرة : ٢٣٠ .

(٢) أى من شروط النكاح وقد تقدم ثلاثة شروط - راجع ص ١٧٩ و ١٨٠ .

(٣) هكذا في ب . وفي ب : « العامة » . (٤) هكذا في ب . وفي ب : « شهادة » .

حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز .

وكذا القاضي : لا يقضى بنكاح المسلمة على المسلم إلا بشهادة المسلمين .
وهل يقضى بنكاح المسلم على الذمية بشهادة الذميين ؟
إن ادعت الذمية النكاح على المسلم : لا يقبل ، لأنه شهادة على المسلم .
وإن جحدت الذمية ^(١) وادعى المسلم النكاح - هل يقضى بشهادة
الذميين ؟ فهو على الاختلاف ^(٢) الذي ذكرنا في الانعقاد .

وأما نكاح أهل الذمة فيما بينهم : < فإنه > ينعقد بشهادتهم ^(٣) عندنا ،
سواء كانت ملهم متفقة ، كشهادة اليهود لليهود ، والنصارى للنصارى ،
أو مختلفة ، كشهادة اليهود للنصارى .

وقال ابن أبي ليلى : يجوز عند اتفاق الملل ، دون اختلافها .

وعند الشافعي : لا يجوز أصلاً .

ثم عندنا : إنما يجوز إذا كانوا من أهل دار واحدة ، بأن كانوا في دار
الإسلام أو في دار الحرب . وأما إذا اختلفت الدور ، بأن كانت الشهود
من أهل دار الحرب ، كشهادة المستأمنين في نكاح ^(٤) الذمي : < ف >
لا يصح . وإن كان على العكس : يصح ، كنكاح الذمي : ينعقد بشهادة
المسلمين ، ولا ينعقد نكاح المسلم ^(٥) بشهادة أهل الذمة .

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) في ح : « الخلاف » . راجع السطر الأسفل من ١٩٥ - ص ١٩٦ .

(٣) انتهى هنا النقص في الأصل والاختلاف عن ب - راجع فيما تقدم الهامش ٦ من ص ١٩١ .

(٤) في ح : « نكاح » (٥) في ب : « المسلمة » .

ومنها - العدد : فهو شرط . وهو شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ^(١) - وهذا عندنا .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح إلا بشهادة الرجلين ^(٢) .

وكذا الخلاف في قضاء النكاح بشهادتهم .

وهذا إذا لم يتعلق به وجوب الحد - فأما إذا تعلق ، بأن قام ^(٣) الشهود على الزنا ، فأنكر الزاني الإحصان ، فشهد رجل وامرأتان على النكاح : يقبل أيضاً ، عند أصحابنا . وعند زفر لا يقبل .

وأما العدالة - فليست بشرط لانعقاد النكاح ، عندنا ، حتى ينعقد بشهادة الفاسقين .

وعند الشافعي رحمه الله : شرط .

وهل يقضى القاضي ^(٤) بالنكاح بشهادتهم ؟

فعنده : لا يقضى على كل حال .

وعندنا : إن كان القاضي تحرى الصدق في شهادتهم : جاز ، وإلا

فلا - فكان للفاسق شهادة ، عندنا ^(٥) ، في انعقاد النكاح ، على كل حال ^(٦) .

وفي ^(٧) صحة القضاء عند رجحان الصدق ، عند القاضي ، بالتحري والتأمل

(١) في ب : « وامرأتان » .

(٢) في ح : « المسلمين » .

(٣) في ب : « أقام » .

(٤) « القاضي » ليست في ح .

(٥) « عندنا » من ب .

(٦) « على كل حال » من ح . (٧) في ب و ح : « وفي حق صحة » .

في أحواله : أن^(١) مثل هذا الفاسق لا يكذب في العادة^(٢) .

وأما المحدود في القذف : < ف > إن كان قبل التوبة وقبل إقامة الحد :

< فإنه > ينعقد النكاح بشهادته عندنا ، خلافاً للشافعي رحمه الله .

وإن كان بعد التوبة : < ف > إن كان قبل إقامة الحد عليهم^(٣) :

< فإنه > ينعقد النكاح ، ويقبل شهادتهم بلا خلاف^(٤) .

وإن كان بعد إقامة الحد : فإنه ينعقد النكاح بشهادتهم ، ولا تقبل

شهادتهم عندنا .

وعند الشافعي : ينعقد ، وتقبل .

وكذا ينعقد النكاح بشهادة الاثنين ، منهما^(٥) - عندنا^(٦) ،

خلافاً للشافعي .

وأما الأعمى : فينعقد النكاح بحضورتهم ، لأنهم من أهل الشهادة .

وهل تقبل شهادتهم ؟

عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله عليهما : لا تقبل .

وقال أبو يوسف : إن كان بصيراً وقت التحمل : تقبل شهادته ،

وإلا فلا^(٧) .

(١) كذا في ح . وفي الأصل : « لأن » . انظر الهامش التالي .

(٢) في ب : « والتأمل في أحوال مثل هذا الفاسق : هل يكذب في العادة ؟ » .

(٣) في ح : « عليه » .

(٤) « وإن كان بعد التوبة . . . بلا خلاف » ليست في ب .

(٥) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « منها » .

(٦) « عندنا » ليست في ح . (٧) زاد في ب : « والله اعلم » .

باب

المهر

الكلام فى هذا الباب فى مواضع :

فى بيان كون المهر شرط جواز النكاح ،

وفى بيان تقدير المهر ،

وفى بيان ما يصلح مهراً وما لا يصلح ^(١) ،

وفى بيان ما يفسد به التسمية وما يصح معه التسمية ،

وفى بيان ^(٢) ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به ^(٣) نصف المهر ،

وفى بيان ما يجب عليها من التسليم عند قبض المهر أو تأجيله ،

وفى بيان حكم الاختلاف بين الزوجين فى المهر ،

وفى بيان ذكر المهر على طريق الريا ^(٤) ، والسمعة ، والتلجئة .

أما الأول - فنقول :

إن المهر شرط جواز النكاح - حتى ^(٥) لا يجوز النكاح بدون المهر ،

حتى إن من تزوج امرأة بغير مهر ، أو بشرط ^(٦) أن لا مهر لها ، وأجازت

(١) « وما لا يصلح » من ب . وفى ح : « أو ما لا يصلح » .

(٢) « وفى بيان » ليست فى ب .

(٣) « به » من ب و ح .

(٤) فى القاموس المحيط : « رأيت مراهة ورثاء أريته على خلاف ما أنا عليه ... وعمل

رثاء وسمعة » .

(٥) « حتى » من ب .

(٦) فى ح : « وشرط » . وفى ب : « أو شرط » .

المرأة - فإن النكاح ينعقد ، ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا .

وعند الشافعى : النكاح جائز بغير مهر .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم : أن
تبتغوا بأموالكم ^(١) » - الله تعالى أحل النكاح بشرط المال ، فلا ^(٢)
يكون مشروعاً بدونه ، فإذا نفى المهر ، وشرط خلو النكاح عن المهر ،
فقد شرط شرطاً فاسداً ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيصح
النكاح ، ويبطل الشرط . فيجب العوض الأصيل ، وهو مهر المثل .
وحكم كيفية وجوب مهر المثل ، والمتعة ، نذكر فى موضعه إن شاء
الله تعالى .

• • •

وأما بيان تقرير المهر ^(٣)

فعمدنا المهر مقدر ، وأدناه عشرة دراهم فضة ، أو دينار ذهب خالص .
وقال الشافعى : المهر غير مقدر ، والقليل والكثير فيه سواء .

(١) النساء : من الآية ٢٤ وهى متصلة بما قبلها من الآيات ٢١—٢٣ ونوردها فى بابي :
« ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف : إنه كان فاحشة ، ومقتاً ، وساء سبيلاً .
حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم
اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى
دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن
تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً . والمحصنات من النساء إلا ما ملكت
أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تنفقوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما
استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة وإن الله
كان عليمًا حكيمًا » .

(٢) فى - : « ولا » . (٣) فى ب : « مهر المثل » .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » ^(١) أى قدرنا .

وإذا ثبت أن أقل مقدار المهر عشرة ، فإذا سمي أقل من عشرة هل يصح التسمية ؟ فعند أصحابنا الثلاثة : تصح التسمية ، ويكمل المهر عشرة دراهم . وعلى قول زفر : يجب مهر المثل ، ولا تصح التسمية ^(٢) .

والصحيح قولنا ، وهو أن التقدير حق الشرع ، فتي قدرا بأقل من عشرة ، فقد أسقطا حق أنفسهما ، ورضيا بالأقل ^(٣) ، فلا ^(٤) يصح في حق الشرع ، فيجب ^(٥) أدنى المقادير ، وهو العشرة .

. . .

وأما بيانه ما يصلح مهرأوما لا يصلح ^(٦) - فنقول :

المهر ما يكون مالا متقوماً عند الناس . فإذا سمي ما هو مال : يصح التسمية ، وما لا فلا .

فإذا تزوج امرأة على ما هو مال مطلق ، كالنقود والأعيان : صح

(١) من الآية ٥٠ من سورة الاحزاب والآية : « يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أبناهم اكيلا يكون عليك حرج وكان الله غفورا رحيما » .

(٢) في هذا الموضع من النسخة ح ، قدمت ورقتان خطأ برقي ١٤٥ و ١٤٦ وحقيقتهما ١٥٣ و ١٥٤ والواجب نقلهما من مكانهما الحالى ووضعهما في مكانهما الصحيح ولإجراء ما يترتب على ذلك من تصحيح الترتيب .

(٣) في ب : « بأقل » . (٤) في ح : « ولا » .

(٥) في ب و ح : « ويجب » . (٦) « وما لا يصلح » ليست في ح .

التسمية (١) .

وإذا تزوج على منافع الأعيان ، كاللدور ، والحيوان ، والمقار : جاز ،
لأنها مال متقوم عند الناس (٢) .

وإذا تزوج على منافع الحر ، لا يجوز : بأن زوجت نفسها من رجل
على أن يخدمها سنة ، أو يرعى إبلها أو غنمها سنة ، لأن منافع الحر ليست
بمال ، وإنما يجوز عقد الإجارة عليها ، ويتقوم باتفاق العاقلين ، بطريق
الضرورة (٣) ، ولا ضرورة في النكاح .

وعن ابن سماعه عن محمد أنه إذا تزوجها على أن يرعى غنمها سنة : جاز -
فيكون في المسألة روايتان .

وإذا لم تصح التسمية ما حكمها ؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لها مهر مثلها ، لأن
التسمية لم تصح .

وقال محمد رحمه الله : لها قيمة خدمته (٤) سنة ، لأن التسمية قد صححت ،

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) « وإذا تزوج على منافع الأعيان ... الناس » ساقطة من ح .

(٣) في ب : « الدلالة » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل وفي ح : « خدمتها » : قال المرغيناني في البداية (ح ٢) ،

ص ٤٥٠ : « وإن تزوج حر امرأة على خدمته لإياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها .

وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة » .. وأصل هذا قول محمد في الجامع الصغير (ص ٣٥ - ٣٦) :

« رجل تزوج امرأة على خدمتها سنة : فإن كان حرا فعليه مهر مثلها ، وإن كان عبدا فلها خدمته .

وقال محمد : لها في الحر قيمة الخدمة » .

لكن تعذر التسليم عليه ، لأنّه لا يجوز لها استخدام^(١) ، بل عليها خدمة^(٢) الزوج ، فيجب قيمة الخدمة ، كما لو تزوج على عبد ، فاستحق ، تجب قيمته^(٣) ، لا مهر المثل - كذا هذا ، حتى إن رعى الغنم والعمل خارج البيت ، لما لم يكن من باب الاستخدام ، صحت التسمية .

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، أو على طلاق ضرّتها ، أو على العفو عن القصاص^(٤) ، أو على أن لا يخرجها من بلدها ، ونحو ذلك - فالنكاح صحيح ، وبطلت التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن هذه الأشياء ليست بمال .

ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال ، لكن لها فيه منفعة : إن^(٥) كان شيئاً يباح لها الانتفاع به^(٦) ، كطلاق الضرة والامساك في بلدها ونحو ذلك : فإن وفي بالمنفعة وأوصل إليها ، فإنه لا يجب إلا المسمى ، إذا كان عشرة ، فصاعداً ، لأنها أسقطت حقها عن^(٧) مهر المثل ، لغرض صحيح ، وقد حصل . وإن لم يف بما وعد لها : إن كان ما سمي لها من المال مثل مهر المثل أو أكثر ، فلا شيء لها ، إلا ذلك

(١) في ح : « لا يجوز عليه استخدامها » .

(٢) في ح : « استخدام » .

(٣) في ح : « فاستحق العبد يجب عليه قيمته » .

(٤) في ب و ح : « قصاص » .

(٥) في ح : « لكن فيها منفعة بأن » .

(٦) في الأصل ب و ح : « بها » .

(٧) في ح : « غير » - والمقصود فيما زاد على مهر المثل

المسمى، وإن كان ماسمى لها أقل من مهر مثلها، يكمل لها مهر مثلها، عندنا .
وعند زفر : إن كان ما وعد لها، سوى المسمى ، شيئاً هو مال ،
كما إذا شرط أن يهدى لها هدية ، فلم يف : يكمل مهر المثل ^(١) ، وإن
كان شيئاً ليس بمال ، فلم يف : فلا يجب إلا المسمى .

والصحيح قولنا ، لأنها لم ترض بإسقاط حقها عن كمال مهر المثل
إلا بفرض ^(٢) مرغوب فيه عند الناس وحلال شرعاً ، فإذا لم يحصل
الفرض ^(٣) يعود حقها إلى المعوض ، وهو مهر المثل .

وأما إذا كان وعد لها شيئاً لا يباح الانتفاع به ^(٤) ، كالخمر
والخنزير : فإن كان المهر المسمى عشرة فصاعداً : يجب ذلك ، ويبطل
الحرام ، ولا يجب على الزوج تكميل مهر المثل ، لأن الخمر لا منفعة
للمسلم فيها ، فلا يجب لفواتها ^(٥) عوض .

. . .

وأما بيان ما يصح مع التسمية ، وما لا يصح - فنقول :

التسمية لا تصح مع الجهالة الفاحشة ، وتصح مع الجهالة المستدركة .
وبيان ذلك أن المهر أنواع ثلاثة :

نوع هو مجهول الجنس - وهذه الجهالة تبطل التسمية ، ويجب مهر

(١) « يكمل مهر المثل » ليست في .

(٢) و (٣) في ب : « بعوض » ، « العوض » .

(٤) في الأصل وغيره : « بها » .

(٥) في : « ولا يجب بفواتها » .

المثل ، بالغاً ما بلغ .

وذلك نحو أن يتزوج على ثوب أو دابة أو حيوان أودار، لأن الثوب مجهول الجنس : يقع على الخبز والبرز^(١) ، وكل ذلك ينقسم أنواعاً مختلفة . وكذلك الدار : فإنها تختلف باختلاف البلدان ، والمحال ، والسكك ، وتختلف في أنفسها من حيث الصغر والكبر ونحو ذلك . ونوع هو معلوم الجنس والنوع ، مختلف الوصف والقدر - كما إذا تزوج امرأة على عبد أو أمة أو تزوج على^(٢) فرس أو على جمل أو على بقر^(٣) ونحو ذلك - وهذا معلوم النوع مختلف الأوصاف^(٤) .

وحكمه أن الزوج بالخيار : إن شاء^(٥) أعطاها الوسط من ذلك ، وإن شاء أعطاها القيمة^(٦) ، وتجبر المرأة على القبول ، بخلاف البيع : فإن هذا لا يصلح ثمناً في باب البيع ، لأن النكاح يحتمل ضرباً من الجهالة ، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته ، فشكل^(٧) جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا تمنع

(١) البرز نوع من الثياب . وقيل : الثياب خاصة من أمتعة البيت . وقيل : أمتعة التاجر من الثياب . وفي ح : « والبرد » .

(٢) « عبد أو أمة أو تزوج على » ليست في ب .

(٣) كذا في ح . وفي الأصل : « وبقر » . وفي ب : « أو بقر » .

(٤) « وهذا معلوم ... الأوصاف » من ب . وفي ح : « فهذا معلوم النوع ومختلف الأوصاف » .

(٥) « شاء » من ب و ح .

(٦) في ب و ح : « قيمته » .

(٧) في ح : « وكل » .

صحة التسمية ، وجهالة الوصف والقدر نظير ذلك - فأما البيع : فلا يصح مع الجهالة أصلاً .

ونوع هو معلوم الجنس ، والنوع ^(١) ، والقدر ^(٢) ، والصفة - كما إذا تزوج على مكيل أو موزون موصوف في الذمة : فإنه يجوز ، ولا خيار للزوج في ذلك ، بل يجبر الزوج على دفعه إليها ، ولا يجوز أن يدفع قيمة ذلك ، إلا برضاها ، لأن هذا يثبت ديناً ^(٣) في الذمة صحيحاً - ولهذا جاز البيع به ^(٤) .

فأما إذا تزوج على كر حنطة مطلقة ولم يصفها : ذكر ههنا وقال : إن شاء الزوج أعطاهما كراً وسطاً ، وإن شاء أعطاهما قيمته . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه أنه قال ^(٥) : يجبر الزوج على تسليم الكر ، ولا يجوز له أن يدفع القيمة بدون رضاها - وعلى هذا مسائل .

. . .

وأما بيان ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به النصف - فنقول ^(٦) :
المهر يستحق بالعقد .

(١) « والنوع » ليست في ب و ح .

(٢) « والقدر » ليست في ح .

(٣) « ديناً » ليست في ح .

(٤) في ح : « فيه » .

(٥) « قال » من ب و ح .

(٦) في ح : « وأما بيان ما يستحق به النصف فنقول » .

ويتأكد : بالوطء ، والحلوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين .

وهو نوعان : المسمى ، ومهر المثل .

فإن كان المهر مسمى ، وطلق بعد الوطء ، أو الحلوة الصحيحة ، أو وجد (١) موت أحد الزوجين : فإنه يجب كمال المهر (٢) المسمى - وهذا عندنا .

وعلى قول الشافعى : لا (٣) يتأكد بالحلوة .

ثم اخلوة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع : من حيث الحس ، ولا من حيث الشرع .

أما من حيث الحس : < ف > كالمرض الذى يمنع (٤) الوطء ، ووجود ثالث فى الدار معهما ، وكون المرأة رتقاء (٥) .

وأما الجب (٦) : < ف > لا يمنع صحة الحلوة عند أبى حنيفة - خلافاً لهما .

(١) كذا فى ب و ح . وفى الاصل كذا : « أو بعد » .

(٢) « المهر » من ح .

(٣) « لا » ساقطة من ح : قال الفزالى فى الوجيز (ح ٢ ص ٢٦) : « ولا يتقرر كمال المهر إلا بالوطء ، أو بموت أحد الزوجين ، ولا يتقرر بالحلوة على القول الجديد » .

(٤) فى ح : « يمنعه من » .

(٥) امرأة رتقاء بينة الرتق : لذا لم يكن لها خرق إلا المبال (المغرب) . وفى المصباح : رتقت الفتق رتقا من باب قتل سدده .

(٦) أى استئصال الذكر والحصىين - من الجب بمعنى القطع . والمجبوب هو الحصى (المغرب) .

والعنة ^(١) لا تمنع بالاجماع .

وأما من حيث الشرع : < ف > بأن كانت المرأة حائضا ، أو نفساء ، أو كان أحدهما صائماً صوم شهر رمضان ، أو محرماً ^(٢) بحجة ، فريضة أو نفلا . وفى غير صوم شهر رمضان روايتان .

وإن طلقها قبل الدخول بها : يجب نصف المهر ^(٣) المسمى ^(٤) ، سواء كان المهر عيناً أو ديناً .

ولو زاد الزوج على المهر المسمى ، ثم طلقها قبل الدخول بها : فإنه يتنصف المسمى فى العقد ، ولا تتنصف الزيادة فى أشهر الروايات . وعن أبى يوسف أنه تتنصف الزيادة .

وإن فرض المهر هو أو ^(٥) القاضى فى موضع لا تسمية فيه ، ثم

(١) « العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء » المغرب .

(٢) « أو محرماً » ساقطة من ح .

(٣) « المهر » من ب و ح . وفى ب : « يتنصف المهر »

(٤) « المسمى » ليست فى ب .

(٥) « هو أو » ليست فى ب و ح . والذى فيهما : « وإن فرض القاضى المهر فى موضع . . . »

وفى الكسانى (٢ : ٣٠٢ - ٣٠٣) : « . . . فالطلاق الذى تجب فيه النعمة نوعان : أحدهما أن يكون قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده . . . والثانى أن يكون قبل الدخول فى نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض بعده ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وهو قول أبى يوسف الأخير وكان يقول أولاً يجب نصف المفروض كما إذا كان المهر مفروضاً فى العقد . . . راجع أيضاً : ابن الهمام على الهداية ، ٢ : ٤٤٢ - ٤٤٣ - فما فى المتن صحيح وهو أوضح مما فى ب و ح .

طلق قبل الدخول ، فإنه لا يتنصف المفروض بعد العقد أيضاً .

وروى عن أبي يوسف أنه يتنصف .

وأما مهر المثل - فإنه يتأكد أيضاً ، بما يتأكد به المسمى ، من : الموت ، والدخول ، والحلوة .

وإذا طلقها قبل الدخول : فإنه لا يتنصف مهر المثل ، عندنا ^(١) - خلافاً للشافعى ^(٢) . ولكن تجب المتعة ، وهى ثلاثة أثواب : درع ، وخمار ، وملحفة ^(٣) . ويعتبر فيها حال الرجل ^(٤) ، كما فى النذقة ، وهو الصحيح ، وفى مهر المثل يعتبر حالها .

(١) فى ب و ح : « عندهما » . والصحيح ما فى المتن - راجع الكاسانى (٢ : ٣٠٢) ، والبارقى وابن الهمام على الهداية (٢ : ٤٤١) .

(٢) هكذا فى الأصل ب و ح . وفى الكاسانى والمرغينانى والبارقى (فى المواضع المذكورة فى الهامش السابق) : « خلافاً للمالك » . وفى ابن الهمام (فى الموضع سالف البيان) أن الشافعى وأحمد كالحنفية فقد قال : « متعة المطلقة قبل الدخول - التى لم يفرض لها مهر فى العقد - واجبة عندنا ، وعند الشافعى وأحمد » . أما فى كتب المالكية فقد قال ابن جزى . (ص ٢٠٤) : « ولأن طلقها قبل الدخول فلا نصف لها إلا لأن كان قد فرض لها » وقال ابن رشد (بداية المجتهد ، ٢ : ٢١٤) : « إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج فى ذلك خيار . فإن طلق بعد الحكم : فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شيء أصلاً ، لأن أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح - وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها ... » . وأما فى كتب الشافعية فقد قال القزالى فى الوجيز (٢ : ٢٩) : « ولا خلاف أنها لا تستحق الشطر عند الطلاق (أى قبل الدخول) إلا إذا جرى الفرض بعد العقد ... ومعنى الفرض تعيين الصداق أو تقديره ، وكان الواجب بالعقد أو بالميسر المنتظر مهر المثل أو ما تراضى به الزوجان » وقال التبريزى الخطيب على ابن شجاع (الإقناع ، ٢ : ١٣٦) : « ولو طلق الزوج قبل فرض ووطء فلا شطر » .

(٣) درع المرأة ما تابسه فوق القميص . والخمار ما تغطى به المرأة رأسها . والملحفة الملافة وهى ما تتحف به المرأة (المغرب) .

(٤) فى ب و ح : « الزوج » .

والمتمعة نوعان : واجبة ، ومستحبة :

فالواجبة - لا تكون إلا المطلقة واحدة : وهى التى طلقها قبل الدخول بها ، فى نكاح ، لا تسمية فيه .

وأما المستحبة - فهى ثابتة لكل مطلقة ، لم تستحق ، بالطلاق ، جميع المهر ، ولا نصفه . إلا أن تكون الفرقة من قبل المرأة : فإنه لا يستحب^(١) فيها المتمعة ، مدخولا بها ، أو لم يكن ، لأنها جانية ، فكيف يستحب^(٢) إلا إحسان فى حقها ؟

وأما بيان ما يجب عليها من تسليم النفس ، وما لها من حق^(٣) المنع - فنقول :

إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر .
فقبل تسليم المهر^(٤) إليها : لها أن تمنع نفسها من الزوج ، ولها أن تسافر ، وتذهب حيث شاءت ، بغير إذن الزوج .

وإن سلم المهر إليها : فله أن يطالبها بتسليم النفس إليه ، والدخول فى بيته ، والتمكين من الاستمتاع بها . ولا يجوز لها أن تخرج من بيت الزوج إلا بإذنه : لا^(٥) إلى سفر ، ولا إلى زيارة الأبوين ، ولا إلى

(١) فى ح : « لا يستحق » . وفى ب : « فإنها لا تستحب » .

(٢) فى ح : « فكيف يستحق » .

(٣) « حق » ليست فى ب . و « وما لها من حق » ليست فى ح فقيها : « النفس والمنع » .

(٤) « فقبل تسليم المهر » من ب و ح .

(٥) فى ب : « ولا » .

قضاء حاجة ما^(١) ، إلا سفر الحج ، إذا كان عليها حجة الإسلام ،
ووجدت محرماً .

وإن بقي درهم من المهر على الزوج : فلها حق المنع ، وأن تخرج
من مصرها .

هذا إذا كان المهر حالا^(٢) . فأما إذا كان المهر مؤجلاً إلى أجل
معلوم : < فـ > يجب عليها تسليم النفس ، للحال ، عند أبي حنيفة ومحمد
رحمة الله عليهما ، لأنها رضية بإسقاط حقها . فلم يسقط حق الزوج
بدون رضاه .

وقال أبو يوسف آخرأ : لها أن تمنع نفسها ، بالمؤجل ، لأن حق
الاستمتاع بها بمقابلة تسليم المهر ، فتمنّى طلب تأجيل المهر ، فقد رضى بتأخير
حقه في الاستمتاع .

ولو كان مؤجلاً إلى أجل غير^(٣) معلوم ، كما إذا أجل إلى الميسرة ، أو قال :
« أتزوجك على ألف مؤجلة » : فإنه يثبت المهر حالا ، ويبطل الأجل .
ولو كان بمضه حالا ، وبعضه مؤجلاً ، أجلاً معلوماً^(٤) : فليس لها أن
تمنع نفسها بالاجتماع : أما عندهما ، فلا أن الزوج ما رضى بإسقاط حقه .

(١) في ب : « حاجتها » وفي ح : كذا : « حاجة إما إلى سفر ... » .

(٢) « هذا إذا كان المهر حالا » وردت في ح بعد قوله : « ووجدت محرماً » . وقيل :

« وإن بقي درهم » الوارد في السطرين الثاني والثالث في هذه الصفحة .

(٣) « غير » ليست في ح .

(٤) « أجلاً معلوماً » من ب .

وأما عند أبي يوسف : فلا^(١) نه لما عجل البعض^(١) ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو لم يدخل بها الزوج حتى حل أجل الباقي ، فكذلك الجواب ، لما قلنا . فأما إذا كان السكल مؤجلا ، وشرط أن يدخل بها ، قبل أن يعطيها : فله^(٢) ذلك ، عند أبي يوسف أيضاً ، لأنه لما شرط الدخول ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو مكنت المرأة ، برضاها ، حتى وطئها ، قبل تسليم المهر إليها ، وقد تزوجها من غير أجل ، ثم أرادت أن تمنع نفسها بعد ذلك : فلها ذلك عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد^(٣) : ليس لها ذلك .

فهما يقولان : إن التسليم الصحيح قد وجد ، حتى يتأكد المهر ، فلا^(٤) يكون لها حق الامتناع^(٥) ، كما في البيع^(٦) : إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن : صحيح ، وليس له حق الرجوع - كذا هذا . وأبو حنيفة يقول : إن المهر مقابل بالاستمتاع ، في جميع العمر ، لا^(٧)

(١) « البعض » من ب . وفي الأصل و ح : « النصف » .

(٢) في ح : « فليس له » . وفي ب : « فلها » .

(٣) « ومحمد » ساقطة من ح .

(٤) في ح : « أو لا » .

(٥) في ب و ح : « حق الاسترجاع » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل : « المبيع » .

(٧) « لا » ساقطة من ح .

بمجرد تسليم النفس ، بدليل أنها لو انتقلت إلى بيت الزوج ، كان لها حق المنع ، ما لم تقبض المهر ، وقد وجد تسليم بعض المنفعة ، فكان لها ^(١) حق منع الباقي ، كما لو باع عبيدين ، فسلم أحدهما قبل قبض الثمن : كان له أن يحبس الآخر ، حتى يستوفي الثمن ^(٢) .

وأما بيان اختلاف الزوجين في المهر - فنقول :

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر : فقال الزوج : « تزوجتها على ألف درهم » ، وقالت المرأة : « على ألفين » :

فإن كان لأحدهما بينة : تقبل بينته ، ولا يقبل قول الآخر .

وإن كان لهما بينة : فينة المرأة أولى ، لأنها أكثر إثباتاً .

وإن لم يكن لهما ^(٣) بينة : تحالفا ، ويبدأ يمين الزوج : فإن نكل ،

يقضى عليه بما تدعيه المرأة . وإن حلف ، تحلف المرأة : فإن نكلت ،

يقضى عليها ^(٤) بما يدعيه الزوج . وإن حلفت ، سقط اعتبار التسمية ،

بالحلف ، ويحكم بمهر ^(٥) المثل ، الذي هو الموضع الأصلي ، فإن كان مهر

(١) « لها » ليست في ح .

(٢) « كما لو باع . . . الثمن » ليست في ب و ح - والذي فيها : « . . . منع الباقي كما في الإجارة المطلقة : إذا سلم الدار أو النفس ، قبل قبض الأجرة كلها ، كان له حق المنع بعد ذلك في حق ما لم يقبض - كذا هذا » وما في الكاساني (٢ : ٢٨٩ — ٢٩٠) مثل ما في المتن .

(٣) في ح : « لها » .

(٤) « عليها » من ب و ح .

(٥) الباء من ب و ح .

مثلاً^(١) مثل ما قال الزوج ، أو أقل : فلها ما قال الزوج ، لأن الظاهر شاهد له . وإن كان مثل ما ادعت المرأة أو أكثر : فلها ما ادعت . وإن كان مهر مثلاً فوق ما قال الزوج^(٢) ، ودون ما ادعت : فلها مهر مثلاً . وقال أبو يوسف : القول قول الزوج ، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً ، لأنه منكر ، إلا إذا خالفه^(٣) الظاهر - وتفسير المستنكر^(٤) ، في رواية : أن يكون أقل من عشرة دراهم ، وفي رواية : أن يذكر شيئاً لا تتزوج مثل تلك المرأة عليه - وهو الأصح^(٥) ، لأن المهر في الشرع لا يكون أقل من عشرة دراهم^(٦) .

وذكر أبو الحسن^(٧) التحالف في الفصول الثلاثة .

وعن أبي بكر الرازي^(٨) أن التحالف يكون في فصل واحد ، وهو ما إذا لم^(٩) يشهد مهر المثل لدعواهما ، فأما إذا كان مهر المثل^(١٠)

(١) « الذي هو . . . مهر مثلاً » ساقطة من ب . وفي ح : « الذي هو الفرض الأصلي . وإن كان مهر مثلاً » .

(٢) هنا تكرار في ب .

(٣) في ح : « إلا أن يأتي بشيء منكر إلا إذا خالفه » .

(٤) في ح : « المنكر » .

(٥) في ح : « كذا : أن يذكر شيئاً قبل تلك المرأة به - وهو الأصح » .

(٦) « دراهم » من ب .

(٧) أي الكرخي - راجع ترجمته في الهامش ٣ ص ٩ من الجزء الأول .

(٨) راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٩) « لم » ساقطة من ح .

(١٠) « مثل » ليست في ب .

ما يدعيه أحدهما ، فالظاهر شاهد له ، فلا حاجة إلى التحائف .

والصحيح ما قاله أبو الحسن ، لأن مهر المثل لا يعتبر عند وجود التسمية ، فلا ^(١) يسقط ^(٢) اعتبار التسمية إلا بالحلف ، لأن الظاهر لا يكون حجة على الغير .

وعلى هذا الخلاف : إذا قال الزوج : « تزوجتك على هذا العبد » ، وقالت المرأة : « على هذه الجارية » - إلا في فصل واحد وهو أنه إذا ^(٣) كان مهر مثلاً مثل قيمة الجارية أو أكثر ، فلها قيمة الجارية لا غيرها ، لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ، ولم يتفقا عليه ، فوجب القضاء بقيمتها ^(٤) .

وعلى هذا الأصل ^(٥) : إذا اختلفا في طعام بعينه : فقال الزوج : « إنه كُر » ، وقالت المرأة : « شرطت ^(٦) أنه كُران » - لأن القدر معقود عليه في الطعام المعين ، بخلاف القدر في الثوب المعين : فإنه بمنزلة الصفة - والاختلاف في مقدار ما يتعلق ^(٧) العقد على قدره يوجب ^(٨)

(١) في ب : « ولا » .

(٢) زاد هنا في ح : « عند » .

(٣) « إذا » : ليست في ح .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « بقيمتها » .

(٥) « الأصل » من ب .

(٦) « شرطت » من ب . وفي ح : « اشترطت » .

(٧) زاد في ح هنا : « به » .

(٨) في ح : « فوجب » . وفي ب : « فإنه يوجب » .

التحالف، فأما الاختلاف، ففي الصفة، ففي المبيع المعين^(١) فلا. فأما الذرع^(٢) والكيل والصفة إذا كان في الذمة، فهو معقود عليها^(٣)، فإذا اختلفا فيها تحالفا.

وعلى هذا أيضاً: إذا ادعى أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، فهو مثل الألف والألفين^(٤)، يعني أن مهر مثلها إن كان مثل^(٥) مائة دينار أو أكثر، فلهامائة دينار، لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير، فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض، بخلاف العبد والجارية^(٦)، لما ذكرنا.

ولو طلقها قبل الدخول بها: فلها نصف الألف في مسألة الألف^(٧) والألفين^(٨)، بالاتفاق، لأن مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول، ولا يمكن التحكيم^(٩) به، فيجب المتيقن^(١٠)، وهو نصف الألف. وفي مسألة الجارية والعبد^(١١): لها المتعة، إلا أن ترضى أن يأخذ نصف العبد^(١٢).

(١) في ب: « في باب بيع العين » . وفي ح: « في باب البيع العين » .

(٢) في ح: « وأما بالذرع » .

(٣) هنا تكرار في ب . (٤) راجع ص ٢١٣ .

(٥) « مثل » من ب و ح .

(٦) في ب: « العبد والخدام » .

(٧) « في مسألة الألف » ليست في ب .

(٨) بأن قال الزوج: « تزوجتها على ألف درهم »، وقالت الزوجة: « على ألفين » -

راجع ص ٢١٣ .

(٩) في ب: « فلا يمكن التحكيم » .

(١٠) زاد هنا في ب: « به » . (١١) وردت في ص ٢١٥ .

(١٢) في ب: « إلا أن ترضى أن يأخذ نصف الجارية » . وفي ح: « إلا أن يتراضيا أن

يأخذ » . « قل فيها » . راجع الكاساني (٢ : ٣٠٨) وفيه مثل ما في ب .

لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما ، فلم يمكن القضاء بنصف الاقل ، إلا باختيارهما ، بخلاف الالف والالفين .

وأما إذا كان المهر ديناً ^(١) ، فاختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته ^(٢) : فهو كالاختلاف في العبدین ^(٣) ، لأن كل واحد من الجنسين لا يملك إلا بالتراضي ، فهو كالاختلاف في العبدین ^(٤) و ^(٥) .

وأما بيان التلجئة في المهر - فنقول :

التلجئة والهزل إما أن يكون في نفس النكاح ، أو في مقدار المهر ، أو في جنس المهر .

أما في نفس ^(٦) النكاح - < ف > لا تصح التلجئة ، ويصح النكاح ^(٧) .
وصورته : إذا تواضعا في السر على أن يظهر النكاح ، رياء ^(٨) وسمعة ، ولا يكون نكاح بينهما حقيقة ، فأظهرا عقد النكاح ، بشرائطه ، عند الناس - فإن النكاح صحيح ، وإن ثبتا على المواضعة ، لأن النكاح لا يفسد مع الهزل ، لقوله عليه السلام : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : العتاق ، والطلاق ، والنكاح » .

(١) في ب و ح : « ديناراً » .

(٢) في ح : « ونوعه وصفته » .

(٣) في ب : « في العبد » .

(٤) « لأن كل ١٠٠ في العبدین » من ت و ح . راجع ص ٢١٥ و ٢١٦ .

(٥) زاد في ب هنا : « والله أعلم » .

(٦) في ب : « في جنس » .

(٧) « التلجئة ويصح النكاح » من ب و ح .

(٨) راجع الهامش ٤ ص ١٩٩ .

أما إذا كان الهزل في مقدار المهر - بأن اتفقا في السر على أن يكون المهر مائة ، ويظهرا مائتي درهم ، فتزوجا ^(١) على مائتين ظاهراً - فعن أبي حنيفة روايتان :

في رواية : المهر ما أظهراه ، وما ذكر في الباطن لا يعتبر ، لأن المهر تابع للنكاح ، وإنه يصح مع الهزل - فكذا المهر .

وفي رواية : المهر مائة ، ولا يصح مع الهزل - وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وأما إذا كان الهزل في الجنس - بأن تواضعا على أن يكون المهر ^(٢)

ألف درهم ، ولكن أظهرا مائة دينار ، سمعة ورياء ، وعقدا على مائة دينار : ففى ^(٣) رواية : لها مهر المثل . وفي رواية : لها مائة دينار .

ولو تزوجا تزويجاً باتاً ، قاطعاً ، في السر ، على مهر مسمى ، ثم أظهرا غير ذلك في العلانية : لم يعتبر الظاهر ، لأن النكاح قد انعقد ، في السر ، حقيقة ، فلا يكون الظاهر ^(٤) معتبراً .

ولو تواضعا أن يقرأ بالنكاح ، وأقرا بذلك ، ولم يكن بينهما نكاح : لم ^(٥) يلزمهما النكاح ، لأن الإقرار إخبار ^(٦) ، فلا ^(٧) يصح مع الهزل ، كما لا يصح مع الإكراه ^(٨) .

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فتزوجا » .

(٢) « المهر » ليست في ح .

(٣) كذا في ح . وفي الأصل وب : « ففى » .

(٤) « الظاهر » ساقطة من ح .

(٥) في ب : « ولم » . (٦) في ح : « اختيار » .

(٧) في ح : « ولا » . (٨) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب الولى

الولاية فى باب النكاح نوعان :
أحدهما - فى حق الصغار ، والصغائر ^(١) ، ومن كان فى معناهم ،
من البالغين ، وهم المجانين .
والثانى - فى حق البالغات العاقلات ^(٢) .

أما الولى

فلا خلاف أن ولاية النكاح ثابتة للوالدين والمولودين ، فى حقهم ^(٣) ،
ولاية الاستبداد ، حتى يجوز نكاحهم فى حق جميع الأحكام ، ولا
يثبت الخيار ، بعد البلوغ ، استحساناً .
ثم إنما يجوز النكاح من الأب والجد إذا زوجا من كفء ، بمهر المثل .
فأما إذا زوجا من غير كفء ، أو ^(٤) بمهر قاصر : <ف> يجوز عند أبى حنيفة .
وقالا : لا يجوز .

(١) هكذا فى جميع النسخ - والمقصود جمع « صغيرة » . وهذا الجمع على خلاف المنقول .
والمنقول أن صغيرة تجمع على صغار كصغير ، ولا تجمع على صغائر . والمقصود بالصغيرة الصفة ،
لا الاسم بمعنى الخطيئة : فهذه تجمع على صغائر (المصباح) .

(٢) فى ب : « البالغين العاقلين » وهو خطأ .

(٣) « فى حقهم » من ب و ح .

(٤) « أو » ليست فى ب و ح .

ثم إذا اجتمع الأب والابن في حق الكبيرة المجنونة :
قال أبو حنيفة : الابن أولى ، لأن الابن أقرب العصبات .
وقال محمد : الأب أولى ، لأنه أولى بالتصرف في مالها ، فكذا
في نفسها .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية محمد عنه أن الابن أولى ، وفي
رواية المعلّى ^(١) عنه : أيهما زوج : جاز - فإن اجتمعا ، فينبغي للابن أن
يفوض التزويج إلى الأب ، تعظيماً له .
ثم بعد الوالدين والمولودين ، تثبت الولاية للعصبات : الأقرب
فالأقرب - عندنا .

وقال الشافعي : لا تثبت لغير الأب والجد ، ولكن تثبت للإمام والقاضي .
وإذا جاز النكاح عندنا ، يثبت الخيار للصغير ، والصغيرة ، بعد البلوغ ،
عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا يثبت الخيار .

وإذا ثبت لهما الخيار : فإن اختار الفرقة ، يكون فسخاً - حتى لا يجب
المهر قبل الدخول ، ولا يصح ذلك ^(٢) إلا بقضاء القاضي ، بخلاف خيار ^(٣)
المعتقة ، حيث يكون فسخاً ، بغير قضاء القاضي .

وأما القاضي والسلطان : إذا زوج الصغير و ^(٤) الصغيرة ، في حال ^(٥)

(١) راجع ترجمته في الهامش ٩ ص ٣٠ من الجزء الأول .

(٢) « ذلك » من ب و ح .

(٣) « خيار » من ب و ح .

(٤) في ح : « أو » .

(٥) زاد هنا في ب : « له » .

الولاية ، فلهما ^(١) الخيار ، على قياس ظاهر الرواية - فإنه قال ^(٢) : إذا زوجها ^(٣) غير الأب والجد ، فلهما الخيار .

وروى خالد بن صبيح المروزي ^(٤) عن أبي حنيفة أنه لا خيار لهما . وقال < أبو يوسف > ^(٥) : لا ^(٦) خيار لهما .

وإن اختارا ^(٧) النكاح ، بطل الخيار . فأما إذا سكتا : فإن كانت صغيرة بكراً ، فسكوتها ، عقيب بلوغها ، يكون رضا ، ويسقط خيارها ، علمت الخيار أو لم تعلم ، بخلاف خيار المعتقة : إنه لا يسقط بدون العلم . وإن كانت ثيباً ، لا يبطل خيارها ، إلا بالقول أو الفعل الذي يدل على الرضا ، وهو التمكين من الاستمتاع بها ، أو مطالبة المهر ، أو النفقة ، ونحو ذلك . وأما في الغلام : < ف > البكر والثيب سواء : لا يبطل خيارهما ^(٨) ،

(١) في ح : « فلها » .

(٢) « قال » من ب و ح .

(٣) في ح : « زوجها » .

(٤) ذكر القرشي في الجواهر (ح ١ ص ٢٢٩) هذه المسألة في ترجمته ، وأنه قيل عنه إنه صدوق . ولم يذكر تاريخ وفاته ولا شيئاً ذا بال .

(٥) و (٦) في ح : « وقال محمد : الخيار لهما » . وفي الأصل و ب : « محمد » وهو خطأ : قال محمد في الجامع الصغير (ص ٣٢) : « رجل زوج بنت أخيه ابن أخيه ، وهما صغيران : جاز ، ولهما الخيار إذا بلغا ، خلافاً لأبي يوسف » . ولأن زوج ابنته ابن أخيه : فلا خيار لهما ، ولأن الأخت الخيار . وقال أبو يوسف : لا خيار لابن الأخت أيضاً » . وقال الكاساني (٢ : ٣١٥ : ١٩) : « فإن كان غير الأب والجد من الأولياء ، كالأخت والعلم ، لا يلزم النكاح ، حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ - وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - وعند أبي يوسف : هذا ليس بشرط ، ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء ، حتى لا يثبت لهما الخيار » . راجع أيضاً : المرغيناني ، الهداية ، وشروحها : ٢ : ٤٠٧ - ٤٠٨ .

(٧) في ح : « اختار » .

(٨) في ب : « خياره » . وفي ح : « خيارها » .

بالسكوت، بل يشترط الرضا به^(١) صريحاً ، أو دلالة الفعل^(٢) ، كما فى الصغيرة الثيب^(٣) .

هذا الذى ذكرنا إذا كان الاقرب حاضراً ، أو غائباً غيبة غير^(٤) منقطعة . فأما إذا كان غائباً غيبة منقطعة : تنتقل الولاية إلى الابعد ، عندنا ، خلافاً لزفر .

وعند^(٥) الشافعى أنها^(٦) تنتقل^(٧) إلى السلطان .

واختلفت الروايات فى تفسير الغيبة المنقطعة :

روى عن محمد : ما بين الكوفة والرى^(٨) .

وعن أبى يوسف : ما بين بغداد والرى^(٩) .

وقال محمد بن شجاع^(١٠) : إن كان غائباً فى موضع لا تصل إليه القوافل

والرسل فى السنة إلا مرة واحدة ، فهو غيبة منقطعة ، وإلا فلا .

وعن الشيخ الامام أبى بكر محمد^(١١) بن الفضل البخارى أنه قال : إن

(١) « به » من ب و ح .

(٢) « الفعل » ليست فى ح .

(٣) فى ب : « كما فى الصغير والثيب » وهو خطأ .

(٤) « غير » ساقطة من ح .

(٥) « عند » من ب و ح (راجع الكاساني : ٢ : ٢٥٠ : ٢٥) .

(٦) « أنها » ليست فى ب و ح .

(٧) « تنتقل » ليست فى ح .

(٨) « الرى » مدينة كبيرة من مدن الجبال فى العراق . والنسبة إليها « رازى » وهى من

شواذ النسب (النووى فى التهذيب) .

(٩) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « البغداد » .

(١٠) التاجى - راجع ترجمته فى الهامش ٦ - ٧ من ١١٨ - ١١٩ من الجزء الاول .

(١١) « محمد » ساقطة من ح . هو إمام بخارى . وقد توفى سنة ٣٨١ هـ (الفوائد : ١٨٤ -

١٨٥ . والجواهر ، ٢ : ١٠٧ - ١٠٨) .

كان في موضع لا ينتظر الخاطب حضوره وبلوغ إذنه، تكون منقطعة، وإلا فلا.
ثم إذا لم يكن واحد من العصابات، ولكن من ذوى الأرحام الذين يرثون، من ^(١) الرجال والنساء، فإن لهم ولاية التزويج: الأقرب فالأقرب أولى ^(٢)، كالأُم والعمة والخال والحالة ^(٣)، وهو المشهور من الرواية عن أبي حنيفة: رواها أبو يوسف ومحمد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يزوج الصغير و ^(٤) الصغيرة إلا العصابة - وهو قول أبي يوسف ومحمد ^(٥).

ثم إذا عدم الأولياء، على القولين، فتنقل الولاية إلى السلطان، ونائبه القاضي.

ثم ^(٦) مولى العتاقة آخر العصابات، وهو أولى من ذوى الأرحام، بلا خلاف.

وأما مولى الموالاة: < ف > يزوج عند أبي حنيفة، عند عدم العصابة وعدم الورثة، لأنه آخر الورثة.

وعلى قولهما: لا يزوج، لأنه ليس بعصابة.

• • •

(١) في ب: «عن».

(٢) هكذا في ب و ح. وجاءت كلمة «أولى» في الأصل بعد الأمثلة التالية مما قد يحدث ابساً. وهذه الكلمة ليست في الكسائي، ٢: ٢٤٠. ٣ من أسفل. راجع المرغيناني في الهداية، ٢: ٤١٣.

(٣) «كلام... والحالة» ليست في ب و ح.

(٤) «الصغير» من ح.

(٥) راجع في الاختلاف في الرواية: ابن الهمام، ٢: ٤١٣.

(٦) في ح: «فأما»

والنوع الثاني - وهو في حق الكبيرة العاقلة :

قال أبو حنيفة وزفر: ليس لأحد عليها^(١) ولاية، بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها^(٢) الولاية، بطريق الندب والاستحباب، وهو قول أبي يوسف الأول - حتى إن المرأة العاقلة إذا زوجت نفسها، من كفء، بمهر وافر، فإنه يجوز، وليس للأولياء حق الفسخ، وإذا زوجت من غير كفء: فلهم حق الفسخ. وإذا قصرت عن مهر مثلها: كان للأولياء حق الفسخ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: ليس لهم ولاية الفسخ^(٣) - وإنما يتصور الخلاف عندهما إذا أذن الولي^(٤) لها بالتزويج، وعند الشافعي إذا أذن الولي رجلاً بأن يزوجه، فزوجها، بمهر قاصر. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي بأن لهم ولاية التزويج في حق الكبيرة العاقلة - لكن اختلفوا فيما بينهم فيما إذا زوجت نفسها من غير إذن الولي: قال الشافعي: لا يجوز أصلاً، ولا يتوقف على إجازة الولي. وقال محمد: يتوقف على إجازة الولي، ولا نفاذه، للحال - حتى لو وطئها، يكون وطئاً، حراماً، وليس فيه طلاق، ولا ظهار، ولو ماتا لم يتوارثا. وعن أبي يوسف روايتان: في رواية: إذا مات أحدهما قبل أن يجيزه الولي، والزوج كفء: يتوارثان. وفي رواية الحسن عنه: أنهما لا يتوارثان، كفوئاً كان أو غير كفء.

(١) في ب و ح: « عليها » . (٢) في ح: « عليها » .

(٣) « ليس لهم ولاية الفسخ » ليست في ح .

(٤) « الولي » من ب . وفي ح: « المولى » .

وأما بيان أن الولاية ثابتة على الكبيرة ، العاقلة ، بطريق الندب - عند أبي حنيفة > فنقول < :

- إنها^(١) إذا زوجت من غير كفء: > < إلا ولياء حق الاعتراض .
- وكذلك المرأة إذا طلبت من الولي التزويج ، من كفء ، فامتنع الولي: > فإنه < يصير عاضلاً^(٢) ، وتثبت الولاية للسلطان .
- وكذلك إذا زوجها الولي ، بغير رضاها ، وبلغها الخبر ، وسكنت ، أو في الابتداء^(٣) استأمرها الولي ، فسكنت - يكون سكوتها رضا .
وفي تزويج الأجنبي : إذا بلغها الخبر ، فسكنت ، لا يكون إجازة ، إلا بالقول صريحاً أو دلالة .

وإذا زوج المرأة ولي ، فقالت : « لم أرض ولم آذن » ، وقال الزوج : « قد أذنت » ، فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى عليها^(٤) الاِذن والرضا^(٥) ، وهي تنكر^(٦) ، فيكون القول قولها ، ولا يمين عليها^(٧) عند أبي حنيفة . وعلى قولها القول قولها مع اليمين . والتحالف لا يجري^(٨)

(١) في ح : « منها » .

(٢) المفضل : لغة هو المنع . وشرعاً هو منع الإيم (وهي الأنثى التي لا زوج لها كبيرة أو صغيرة : الكساسني ، ٢ : ٢٤٥) من التزويج ، ومنع الزوج امرأته من حسن الصحبة انفتدى منه - وكلاهما محرم بنص القرآن العزيز (النووى ، التهذيب) . وفي ح : « يصير مانعاً » .

(٣) زاد في ب هنا : « أو » .

(٤) « عليها » ليست في ب .

(٥) « والرضا » ليست في ب .

(٦) في ح : « وهو ينكر » .

(٧) « عليها » ليست في ب .

(٨) في ب و ح : « لا يجزى » .

في الأشياء الثمانية (١) - وهذا الفصل من جملتها .

(١) هكذا في الأصل وغيره ، وسيأتي في كتاب الدعوى والبيانات من هذا المؤلف أنها سبعة . وزى من باب البيان أن نورد هنا ما قاله الكاساني (٢ : ٢٤٣ : ٨ من أسفل و ص ٢٤٤) : « وإذا زوج الثيب البالغة ولي ، فقالت : « لم أرض ولم آذن » وقال الزوج : « قد آذنت » فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن ، وهو الإذن والرضا ، وهي تنكر ، فكان القول قولها . وأما البكر إذا تزوجت فقالت الزوج : « بلك العقد فسكت » ، فقالت « رددت » ، فالقول قولها عند أصحابنا الثلاثة ، وقال زفر : القول قول الزوج - وجه قوله ... ثم في هذين الفصلين : لا يمين عليها في قول أبي حنيفة ، وفي قولها : عليها اليمين - وهو الخلاف المعروف : أن الاستحلاف [المعروف] لا يجري في الأشياء الستة عنده ، وعندهما : يجري - والمسألة تذكر لأن شاء الله تعالى في كتاب الدعوى . وفي كتاب الدعوى ذكر الكاساني (٦ : ٢٢٥ : ٤ من أسفل - وما بعدها) : « وأما شرائط الوجوب [وجوب اليمين] فأنواع - منها : ... (ص ٢٢٧ : ٦) ومنها - أن يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملا للإقرار ؛ وعندهما أن يكون مما يحتمل الإقرار سواء احتمل البذل أو لا - وعلى هذا يخرج اختلافهم في الأشياء السبعة : أنها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي : النكاح ، والرجعة ، والقيء في الإيلاء ، والنسب ، والرق ، والولاء ، والاستيلاء . أما النكاح فهو أن يدعى رجل على امرأة أنها امرأته ، أو تدعى امرأة على رجل أنه زوجها ، ولا بينة للمدعى ، وطالب يمين المنكر . وأما الرجعة فهو أن يقول الزوج المطلقة بعد انقضاء عدتها « قد كنت راجعتك » وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن إقامة البينة ، فطلب يمينها . وأما القبيء في الإيلاء فهو أن يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال « قد كنت فئت لملك بالجماع فلم تبيني » فقالت : « لم تقبيء لي » ، ولا بينة للزوج ، فطلب يمينها . وأما النسب فتدعى أن يدعى على رجل أنه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل ، ولا بينة له ، وطلب يمينه . وأما الرق فهو أن يدعى على رجل أنه عبده ، فأنكر وقال « إنه حر الأصل لم يجر عليه رق أبداً » ولا بينة للمدعى ، فطلب يمينه . وأما الولاء فإنه يدعى على امرأة أنه أعتق أباهما وأن أباهما مات وولاه بينهما نصفان ، فأنكرت أن يكون أعتقه وأن يكون ولاه ثابته منه ، ولا بينة للمدعى ، فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء . وأما الاستيلاء فهو أن تدعى أمة على مولاهما فتقول : « أنا أم ولد لمولاي وهذا ولدي » فأنكر المولى .. لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري ، والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور إلا من جانب واحد وهو جانب الأمة ... الخ » وقال ابن الهمام (٢ : ٤٠٤) : « ... وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وزيد عليها دعوى الأئمة : أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد ، وجهتها في هذين البيتين :

نكاح ، وفية ، إيلائه ، ورق ، ورجع ، ولواء ، نسب
ودعوى الإمام أمومية : فليس بها من يمين وجب

وقد قال أصحابنا : إذا زوجت البكر، فقال الزوج : « بلغك الخبر ^(١) فسكت » ، وقالت : « رددت » . فالقول قولها ، خلافا لـ زفر ، لأنها منكورة في الحقيقة، وإن كانت مدعية الرد ^(٢) ظاهراً .

ثم اختلفت الأحكام بين البكر ، والثيب ، فلا بد من تفسيرهما - فنقول : كل من زالت عذرتها بوثة ، أو طفرة ، أو حيضة ، أو طول التعنيس : فهي في حكم الأبكار ، في قولهم .

ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب : فهي في حكم الثيب ، بالإجماع .

وأما إذا زالت بكارتها بالزنا ^(٣) : < ف > قال أبو حنيفة : تزوج كما تزوج الأبكار ، وقالوا والشافعي ^(٤) : تزوج الثيب - وهي مسألة معروفة . ثم لا خلاف بين أصحابنا أن الكفاءة معتبرة في النكاح .

وقال مالك وسفيان الثوري ^(٥) ، وهو اختيار أبي الحسن الكرخي : لا اعتبار للكفاءة ، لقوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم ^(٦) » . والصحيح قول العامة ، لقوله عليه السلام : « لا يزوج النساء إلا الأولياء ،

(١) في ب و ح : « المقعد » .

(٢) في ب و ح : « للرد » .

(٣) « بالزنا » ليست في ح .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل : « وقالوا » . وفي ح : « وقال أبو يوسف ومحمد » دون

ذكر الشافعي . وفي الكاساني (٢ : ٢٤٤ : ٨) : « وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي » .

(٥) « الثوري » من ب و ح . راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ١٤٩ > ١٠ .

(٦) الحجرات : ١٣ : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا

وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير » .

ولا يزوجن إلا من الأُكفاء» (١) .

ثم اختلف أصحابنا في شرائطها :

قال أبو حنيفة : الكفاءة تعتبر في خمسة أشياء : الحرية ، والنسب ، والمال ، والدين ، وإسلام الآباء .

قال محمد : الكفاءة في الدين والتقوى ليس بشرط ، إلا أن يكون فسقاً هو شين في العرف (٢) ، نحو أن يُصفع (٣) ، أو يسكر ويمشى في الأسواق فيسخر منه .

و (٤) أما الحرية - < ف > شرط - حتى لا يكون العبد ، والمكاتب ، والمدبر كفتاً للحرية بحال (٤) ، لأن الرق نقص وشين فوق النقص في النسب . وأما النسب - فالعرب بعضهم أ كفاء لبعض ، ولا يكونون أ كفاء لقريش ، وقريش بعضهم أ كفاء لبعض ، إلا على والأدنى سواء ، حتى لا يفضل الهاشمي على قرشي ليس بهاشمي . قال محمد : إلا أن يكون أمراً مشهوراً فيها ، مثل البيت الذي فيه الخلافة (٦) ، ولا يكون المعجم والموالي أ كفاء للعرب . والموالي بعضهم أ كفاء لبعض . ويكون موالى العرب

(١) في ح : « الكفاءة » . (٢) في ح : « في العرب » .

(٣) الصنع لغة أن ييسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه - فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصنع بل يقال : ضربه بجميع كفه (المصباح) .

(٤) الواو من ب .

(٥) هكذا في ب و ح . وفي الأصل تشبه أن تكون : « لالحال » .

(٦) في الكسانى (٢ : ٣١٩ : ١٠) : « واستثنى محمد بيت الخلافة فلم يحل القريش الذى ليس بهاشمي كمثل له » . وعبارة « قال محمد : إلا أن يكون ... الخلافة » ليست في هذا الموضع في ب و ح . راجع فيما بعد الهامش ٤ ص ٢٢٩ .

أَكْفَاءَ لِمَوَالِي قَرِيشَ . وَأَصْلُهُ الْحَدِيثُ : « قَرِيشُ بَعْضُهَا ^(١) » أَكْفَاءَ لِبَعْضٍ ،
وَالْعَرَبُ بَعْضُهَا ^(٢) » أَكْفَاءَ لِبَعْضٍ . وَالْمَوَالِي بَعْضُهَا أَكْفَاءَ لِبَعْضٍ : حَتَّى يَحْيَى
وَقَبِيلَةُ بَقِيلَةَ ، ^(٣) وَ ^(٤) .

وَأَمَّا الْمَالُ - فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ الْقُدْرَةُ عَلَى الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ ، حَتَّى إِنْ مِنْ لَا يَقْدِرُ
عَلَى الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ ، لَيْسَ ^(٥) بِكَفٍّ .

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ : إِنَّهُ يُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ فِي الْمَالِ ، فِيمَا سِوَى الْمَهْرِ
وَالنَّفَقَةِ ، لِأَنَّ الْغَنَى سَبَبُ الشَّرَفِ ، فِي الْعَادَةِ ، بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ .

وَأَمَّا إِسْلَامُ الْآبَاءِ - فَكُلُّ مَنْ كَانَ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِسْلَامِ : لَا يَكُونُ
كَفْئًا لِمَنْ كَانَ لَهُ آبَاءٌ فِي الْإِسْلَامِ . وَكُلُّ مَنْ كَانَ لَهُ أَبَوَانِ فِي الْإِسْلَامِ
فَصَاعِدًا : يَكُونُ كَفْئًا لِمَنْ كَانَ لَهُ آبَاءُ كَثِيرَةٌ ^(٦) فِي الْإِسْلَامِ .

وَفِي الْحَرَمَةِ : يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَكَذَا ، لِأَنَّ الشَّرَفَ يَقَعُ بِحَرَمِيَةِ الْآبَاءِ .
وَأَمَّا الْكَفَاءَةُ فِي الْحُرُوفِ وَالصَّنَاعَةِ - < فَوْ > عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا يُعْتَبَرُ .
وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُونُسَ : يُعْتَبَرُ - حَتَّى لَا يَكُونَ الْخَائِثُ كَفْئًا

لِلصَّيْرِ فِي الصَّانِعِ .

(١) وَ (٢) فِي ح : « بَعْضُهُمْ » .

(٣) الْحَدِيثُ فِي السَّكَاةِ (١ : ٣١٩ : ٢) كَمَا بَلَ : « قَرِيشُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءَ لِبَعْضٍ ،
وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءَ لِبَعْضٍ : حَتَّى يَحْيَى ، وَقَبِيلَةُ بَقِيلَةَ . وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءَ لِبَعْضٍ : رَجُلٌ بِرَجُلٍ » .

(٤) فِي ب وَ ح فِي هَذَا الْمَوْضِعِ : « وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ : فِي قَرِيشَ لَا يَكُونُ (فِي
ب : « لَا يَكُونُونَ ») كَمْثًا لِمَنْ كَانَ مَشْهُورًا فِي الْحَرَمَةِ (فِي ب زَادَهُنَا : مِنْ قَرِيشَ) مِثْلَ الْبَيْتِ
الَّذِي فِيهِ الْخِلَافَةُ » رَاجِعٌ فِيمَا سَبَقَ الْهَامِشُ ٦ ص ٢٢٨ .

(٥) فِي ح : « فَلَيْسَ » .

(٦) « كَثِيرَةٌ » لَيْسَتْ فِي ب .

وبعض مشايخنا قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان : فأبو حنيفة بنى الأمر على عادة العرب : أن مواليتهم يعملون هذه الأعمال ، لحاجتهم ، وحاجة مواليتهم ، ولا يقصدون بها الحرفة ، ولا يميرون^(١) بها . وأبو يوسف أجاب على عادة أهل^(٢) العجم : أنهم اتخذوا هذه الصناعات حرفة ، ويميرون^(٣) بالذئ^(٤) من ذلك - فلم يكن بينهم خلاف في الحقيقة : ففي كل^(٥) بلد عاداتهم التعبير والتفاخر في الحرف ، يعتبر فيه الكفاءة . والله أعلم

(١) في ح : « ولا يميرون » .

(٢) « أهل » ليست في ب .

(٣) في ح : « ويميرون » . وفي ب : « يميرون » .

(٤) في ح كذا : « بالدور » وأملها : « بالدون » .

(٥) « كل » ليست في ح .

باب

النفقات

الكلام فى النفقة من وجوه :
فى بيان أنواعها ، ويتضمن ذلك بيان^(١) الأسباب .
وفى بيان المقدار .

وفى بيان أن النفقة معتبرة^(٢) بحال المرأة أو بحال الرجل ، ونحو ذلك .
أما الأول^(٣) - فنقول: النفقة الواجبة أنواع ثلاثة: نفقة الزوجات ،
ونفقة المحارم من الرحم ، ونفقة الرقيق .

أما نفقة الزوجات

<ف>تجب بسبب استحقاق الحبس للزوج عليها، بسبب النكاح - عندنا .
وعند الشافعى: تجب بسبب الزوجية ، حتى إن عنده تجب النفقة
للصغيرة^(٤) والكبيرة والمريضة وغيرها^(٥) ، وإنما تسقط بسبب النشوز
من جهتها .

وأما عندنا فأقسام :

-
- (١) فى - : « أنواعها وفى بيان » .
(٢) فى - : « أن التقدير معتبر » .
(٣) يلاحظ أنه قد تكلم على الثانى والثالث أثناء الكلام على الأول . فالتقسيم الأساسى
عنده هو : نوع النفقة .
(٤) فى - : « للمعتدة الصغيرة » .
(٥) فى ب : « وغيرها » .

إن كانت امرأة حرة، بالغة، لم تمتنع عن المقام مع الزوج، وعن الدخول في بيته، بعد استيفاء المهر كله^(١)، إذا لم يكن مؤجلاً^(٢)، أو كان المهر مؤجلاً^(٣) و^(٤) - فإنه يجب عليه نفقتها، إذا طالبت بها، سواء انتقلت إلى بيت الزوج أم لا، لأن النفقة حق المرأة، عليه، والانتقال إلى بيت الزوج حقه، عليها^(٥)، بعد إيفاء المهر، فإن لم يطالبها الزوج بالانتقال، فقد ترك حقه، فلا يسقط حقه.

وأما إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيته : فإن كان بحق، لا تسقط النفقة، بأن امتنعت لتستوفي المهر^(٦).

فأما إذا كان الامتناع بغير حق، بأن أوفاهما الزوج المهر، أو كان مؤجلاً : فإنه تسقط النفقة، لأنه وجد النشوز^(٧) منها، وإنه يسقط النفقة.

فأما إذا كانت المرأة صغيرة : <ف> إن كانت تجامع^(٨) مثلها، فكذلك الجواب. وأما إذا لم تجامع مثلها، فسلمت إلى بيت الزوج :

(١) « كله » من ب وفي ح : « بكما له » .

(٢) « إذا لم يكن مؤجلاً » ليست في ب و ح .

(٣) « أو كان المهر مؤجلاً » من ب و ح .

(٤) زاد في ب هنا : « لعدم مطالبة الزوج إياها بالانتقال إلى بيته » وهو مفهوم .

(٥) « عليها » من ب .

(٦) محمد، الجامع الكبير، ص ١٩٣ : « امرأة لم يدخل بها الزوج، منعت نفسها حتى قبض الصداق - فإياها النفقة » .

(٧) نَشَزَتِ المرأة من زوجها نشوزاً : عصت زوجها وامتنعت عليه. وانتز الرجل من امرأته نشوزاً : تركها وجفاها (المصباح) .

(٨) في ب : « كان يجامع » .

فإنه لا نفقة لها ، لأنه لا يمكن الاستمتاع بها ^(١) . وكذلك المريضة التي لا يمكن وطئها . وله أن يردّها إلى بيت أهلها ^(٢) إن شاء .

وإن كانت الصغيرة مما ينفع بها ، بالخدمة أو يستأنس بها ، وكذلك المريضة إذا كانت ممن يستأنس بها الزوج - فأمسكها في بيته : فلها النفقة ، لأنه رضى بالحبس القاصر .

وأما إذا كانت محبوسة بالدين قبل النقلة ^(٣) : فإن كانت تقدر على أن تخلّي بينه وبين نفسها : فلها النفقة ، وإلا فلا - لأن هذا حبس ^(٤) بحق ^(٥) . وهذا إذا كانت لا تقدر على أداء الدين - فأما إذا كانت تقدر ، ولا تؤدي : تسقط ، لتقصير منها .

فأما إذا طلبت النفقة ، وليست بمريضة ، ولا محبوسة ، وهي بالغة ، ففرض لها النفقة ، ثم مرضت أو حبست : لم تبطل نفقتها ، لأن النفقة قد وجبت بتسليم النفس ، من غير مانع عن الوطء ، فاعتراض المانع لا يسقط النفقة ، كالحيض .

وذكر محمد في الأصل وقال في الوتقاء ^(٦) والمريضة ، إذا طلبتا

(١) قال محمد في الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « صبية تحت رجل ، ليس عليه النفقة حتى تطبق الجماع » .

(٢) في ب و ح : « بيت الأب » .

(٣) « النفقة » من ب و ح و الكاساني (٤ : ٢٠٠) وستأتي بعد قليل . وفي الأصل ما يشبه « البعل » .

(٤) « حبس » ليست في ح .

(٥) أصل هذا ما قال محمد في الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « ... لم يكن لها نفقة .. وكذلك امرأة حبست في دين عاها » والكاساني ، ٤ : ٢٠٠ .

(٦) راجع في الرتقاء الهامش • ص ٢٠٧

النفقة قبل النقلة : فرض لهما القاضى ، ولم يحك خلافاً ^(١) .

وما ذكرنا فى المريضة من التفصيل ، قبل الانتقال أو بعده ، قول أبى يوسف .

وأما الزوجة إذا كانت أمة - فإن بواها ^(٢) المولى بيت الزوج ^(٣) :
تجب النفقة ، وإلا فلا - والتبوة أن يخلى بينها وبين زوجها فى منزل الزوج ، ولا يستخدمها .

فإن فعل ذلك : تجب على الزوج النفقة ، لأن الحبس المستحق بالنكاح ، قد وجد .

فإذا لم توجد التبوة ، لم ^(٤) يوجد الحبس المستحق بالنكاح ^(٥) .
فإن بواها المولى ، ثم بداله أن يستخدمها ، فله ذلك ، لأن منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه ، وإن استحق عليه منافع بضمها ^(٦) بالنكاح ، إلا أنه أعادها منه بالتبوة ، فله أن يستردها ^(٧) ، وتسقط النفقة ، فإن بواها ثانياً ، عادت النفقة ، كالخرة إذا نشزت ، ثم عادت .

وكل من وجبت لها النفقة ، وجبت لها السكنى ، وإلا فلا ، لقوله

(١) قال محمد فى الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « امرأة دخل بها زوجها ، فرضت مرضا يمنع من الجماع : فلها النفقة - وكذلك الرتقاء » .

(٢) أى أسكنها (المصباح) .

(٣) « بيت الزوج » من ب . وفى الأصل و - : « بيتا » .

(٤) فى الأصل وب و - : « فلم » .

(٥) « بالنكاح » من - .

(٦) فى - : « بعضها » .

(٧) « ها » من - .

تعالى : « أسكنوهن (الآية) » ^(١) .

وأما مقدار النفقة :

فيعتبر فيه حال الرجال من اليسار والاعسار ^(٢) ، دون حال المرأة .
وذكر الحنابلة أنه ^(٣) يعتبر بحالهما ^(٤) ، جميعاً ^(٥) .

والصحيح ما ذكرنا ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ^(٦) .

ثم الزوج إن كان موسراً : لا تفرض عليه نفقة أكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : إن كان لها خادمان يفرض لها .
وأما إذا كان الزوج معسراً : < فقد > روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يفرض عليه نفقة الخادم ، وإن كان لها خادم .
وقال محمد : إن كان لها خادم : فرض عليه نفقته . وإن لم يكن لها خادم : لا يفرض ^(٧) .

(١) الطلاق : ٦ : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملن ، فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ، وأنعموا بينكم بمعروف ، وإن تمارستم فسترضع له أخرى » .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « واليسار » . وفي المغرب : « الاعسار مصدر أعسر إذا افتقر . واليسار في معناه خطأ » .

(٣) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « أنها » .

(٤) في ح : « حالها » .

(٥) « جميعا » من ب و ح .

(٦) الطلاق : ٧ : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ،

لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد عسر يسرا » .

(٧) « وإن لم ... لا يفرض » من ب و ح .

وإن اختلف الزوجان في اليسار والايّ عسار^(١) : فالقول قول الزوج ، لأنّه يدعى الفقر ، وهو أصل . وإن أقاما البيّنة ، فالبيّنة بيّنة المرأة : على أنّه موسر ، لأنّها تثبت أمراً زائداً عارضاً ، فكانت أولى .

ثمّ النفقة غير مقدرة بالدراهم والدنانير ، عندنا ، لأنّ السعر قد يغلو وقد يرخص ، ولكنها مقدرة بكفايتها : إن كان الرجل موسراً يوسع في النفقة والكسوة . وإن كان معسراً ينفق عليها أدنى الكفاية ، من الطعام والادّام والدهن ، على حسب العرف والعادة - في الموسر والمعسر . فإذا طلبت الفرض من القاضى ، فإنه يقوم عليه^(٢) مقدار الكفاية ، بالدراهم أو^(٣) الدنانير ، ويفرض عليه ذلك .

ثمّ نفقة الزوجات لا تصير ديناً إلا بقضاء القاضى ، أو بتراضى الزوجين . فإذا لم يوجد أحد هذين^(٤) ، فإنه تسقط بمضى الزمان ، لأنّها وجبت صلة ، جزاء الحبس ، لا عوضاً عن الوطء - وهذا عندنا .

وعند الشافعى : لا تسقط ، كسائر الديون ، لأنّها وجبت عوضاً ، كالمهر سواء ، إلا أنّها تسقط بعد الفرض ، بالموت ، وإن لم تسقط بمضى الزمان ، لأنّها صلة لم تتأكّد بالقبض ، فتسقط بالموت ، كسائر الصلّات .

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « العسار » . راجع الهامش ٢ ص ٢٣٥

(٢) في ب و ح : « عليها » .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « و » .

(٤) زاد في ث هـ : « الوجهين » .

وإنما يفرض القاضى النفقة إذا كان الزوج حاضراً، والمرأة تطلب الفرض. فأما إذا كان غائباً، وطلبت فرض النفقة من القاضى، وسماع البينة منها على الزوجية، وعلى (١) قيام المال فى يد إنسان أمانة، من الودیعة أو المضاربة أو نحو ذلك (٢)، أو ثبوت الدين له على إنسان، ولا علم للقاضى بالزوجية، ولا بالمال، فإن القاضى لا يجيبها (٣) إلى ذلك، ولا (٤) يحكم عليه. وهذا قول أبى حنيفة الآخر، وهو قول شريح (٥)؛ وقد كان قوله الأول أن القاضى يقضى لها، وهو قول إبراهيم. والصحيح قول شريح، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون له (٦) خصم حاضر، وإنه لا يجوز، عندنا.

فأما إذا كان القاضى عالماً بالزوجية، وبكون ماله فى يد إنسان أمانة، أو بثبوت دينه على إنسان، لمعانة (٧) وجود السبب، أو الإقرار فى

(١) «على» من ب.

(٢) فى ب و ح: «بأمانة أو ودیعة أو مضاربة ونحو ذلك».

(٣) هكذا فى ب و ح. وفى الأصل: «لا يجيب لها».

(٤) هكذا فى ب. وفى الأصل و ح: «ولم».

(٥) «قول شريح» ليست فى ح. وشريح هو شريح القاضى: أدرك النبی صلى الله عليه وسلم ولم يلقه، وقيل لقيه، والمشهور الأول؛ وقيل: كان فى زمن النبی صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه. وقال الآكثرون: استقضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الكوفة، وأقره من جاء بعده فقی على قضائها ستين سنة، وقضى بالبصرة سنة. وروى ميسرة عن شريح قال: وايت القضاء لعمرو وعثمان وعلى ومعاوية ويزيد بن معاوية وابعيد الملك إلى أيام الحجاج، فاستعفيت الحجاج وكان له يوم استعفائه مائة وعشرون سنة، وعاش بعد استعفائه سنة. وقال على بن أبى طالب لشريح: «أنت أفضى العرب». وقيل: توفى سنة ٧٧، وقيل سنة ٧٨، وقيل سنة ٧٩، وقيل سنة ٨٠ هـ. (النووى، التهذيب).

(٦) فى ب و ح: «عنه».

(٧) فى ب: «بمعانته». وفى ح: «بمعانته».

النكاح ، أو^(١) أقر صاحب اليد^(٢) بكون المال للزوج ، أو أقر من عليه الدين ، و^(٣) أقر بالزوجية ، فإن القاضي يأمر من عليه الدين ، والمودع ، بدفع النفقة إليها ؛ ويفرض النفقة لها ، لأنه لا يحتاج إلى القضاء ، لأن هذا واجب شرعا ، علي ما قال عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك ، وولديك^(٤) ، بالمعروف » ، فكان هذا من باب النظر للغائب ، بإحياء زوجته ، وللقاضي ولاية النظر في مال الغائب ، ولهذا يبيع القاضي ما يتسارع إليه الفساد من مال الغائب ، نظرا له ، لأن هذا من باب الحكم .

وإذا طلبت المرأة من القاضي أن يأذن لها بالاستدانة على الزوج : ففي^(٥) الفصل الأول : لا يأذن بالاستدانة^(٦) عليه ، لأنه لم يفرض النفقة ، لكونه قضاء على الغائب - فكذا هذا^(٧) .

فأما إذا علم القاضي بالزوجية ، أو كان قد فرض النفقة في حال حضور الزوج ، ثم طلبت المرأة ، بعد الغيبة ، الاستدانة عليه - فإنه يأذن لها بالاستدانة عليه^(٨) . وفائدة الإذن بالاستدانة ليس هو رجوعها على الزوج^(٩) بالنفقة^(١٠) .

(١) في ح : « و » .

(٢) في ب : « صاحب الدين » .

(٣) في ح : « أو » .

(٤) في ب و ح : « ويكفي ولديك » .

(٥) التمام من ب . (٦) في ب و ح : « في الاستدانة » .

(٧) « فكذا هذا » من ح . (٨) « عليه » ليست في ح .

(٩) في ح كذا : « وفائدة الإذن بالاستدانة هذا يقضى بالاستدانة على الزوج للنفقة » .

(١٠) « بالنفقة » من ب . وفي ح : « للنفقة » - راجع الهامش السابق .

لأن النفقة إذا كانت مفروضة كان لها أن ترجع بغير الإذن بالاستدانة عليه - ولكن فائدته أن بعد الإذن بالاستدانة ، لصاحب الدين أن يأخذ من الزوج ، كما له أن يأخذ ^(١) من المستدينة ، لأنه لا يجب على الإنسان أداء مال إلا بالتزامه أو بالزام ^(٢) من له ولاية الإلزام ^(٣) عليه . فأما إذا استدانت عليه ^(٤) ، من غير إذن ^(٥) القاضى : < ف > إن كان قبل فرض القاضى ، تكون متطوعة فى الاتفاق ^(٦) ، وتسقط بمضى الوقت ، إذا لم يفرض القاضى ، ولم يتراضيا عليه ، وإن كان بعد فرض القاضى ، فإن له أن يرجع عليها ، لا على الزوج ، لما ذكرنا : أنه لم يلتزم ، ولم يلزم عليه ^(٧) القاضى بالإذن بالاستدانة .

وإذا طلبت المرأة من القاضى ، فرض النفقة على زوجها المعسر : فإن القاضى يقضى ^(٨) ، لأن نفقة الزوجة ^(٩) تجب على الفقير ، ويؤخر إلى وقت اليسار ^(١٠) ، لأنه لو لم يفرض تسقط بمضى الوقت .

(١) فى - : « كما يأخذ » .

(٢) فى ب : « أو بالتزام » . وفى - : « المال إلا بإذنه وإذن » .

(٣) فى ب : « الالتزام » .

(٤) فى - : « وأما الاستدانة عليه » .

(٥) « إذن » ليست فى - .

(٦) فى - : « بالاتفاق » .

(٧) فى - : « أنه لم يلزمه عليه » .

(٨) فى ب و - : « يفرض » .

(٩) فى - : « الزوج » .

(١٠) فى ب : « اليسار » .

ولو طلبت من القاضى أن يستدين عليه - فإنه يفرض ^(١) النفقة ،
ويأذن لها ^(٢) بالاستدانة ، للفائدة التى ذكرنا .

ولو طلبت الفرقة ، لعجز الزوج عن الإيفاق عليها ^(٣) : فإن القاضى
لا يفرق بينهما ، وليس ^(٤) لها حق الفسخ - وهذا عندنا .

وعند الشافعى يكون لها حق الفسخ إن شاءت - وهذه ^(٥) مسألة معروفة .

ولو قبضت المرأة نفقة لسنة : بفرض القاضى ، أو بالتراضى ، ثم مات
الزوج قبل مضى السنة ، لم يكن لورثته الرجوع عليها بشيء عند أبى
حنيفة وأبى يوسف . وكذلك إذا ماتت المرأة - لم يرجع الزوج فى
تركها بشيء ^(٦) .

وقال محمد: أرفع ^(٧) لها من النفقة حصة ما مضى ، وأقضى عليها برد الباقي .
وكذلك الكسوة : يسقط عنها حصة ^(٨) ما مضى من المدة ويرد الباقي .
والصحيح قولهما . لأن النفقة صلة ، وقد تأكدت بالقبض ، فلا
يثبت فيها ^(٩) الرجوع بعد الموت ، كما فى الهبة .

(١) « تسقط بعضى الوقت ولو طالبت من القاضى ... يفرض » ليست فى ح .

(٢) « لها » ليست فى ح .

(٣) « عليها » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « فليس » .

(٥) فى ب و ح : « وهى » .

(٦) « بشيء » من ب .

(٧) فى ب و ح : « أدفع » .

(٨) « حصة » من ب و ح .

(٩) فى ب : « وقد تأكد بالقبض فلا يثبت فيه » .

و^(١) أما نفقة زوى الأرحام - فنقول :

الأرحام ثلاثة أقسام : رحم الولادة ، ورحم محرم النكاح ، ورحم غير محرم .

ولا خلاف أنه لا تجب النفقة لرحم^(٢) غير محرم ، كقربة بنى الأعمام ونحوهم .
ولا خلاف أنها تجب بقربة^(٣) الولاد <ة> .

واختلفوا في رحم محرم ، كالأخوة والعمومة والحوالة : فعندنا تجب .
وعند الشافعى^(٤) : لا تجب .

وحاصل الخلاف أن هذه القربة هل هى واجبة الوصل^(٥) أم لا ؟
فعندنا كذلك ، وعنده بخلافه .

وينبنى على هذا^(٦) : هذه المسألة . وكذلك إذا ملك أخاه أو عمه
أو خاله : لا يعتق عليه ، عنده - وعندنا : يعتق^(٧) .

وكذلك الخلاف فى قطع السرقة الموجودة من هؤلاء .

وهى مسألة معروفة ، تذكر فى المتاق ، إن شاء الله تعالى .

ثم الكلام فى تفصيل هذه الجملة ، فنقول :

الرجل المومر إذا كان له أبوان وأولاد صغار ، وأولاد كبار غير

(١) « و » من ب و ح .

(٢) فى ح : « برحم » .

(٣) فى ب : « لقربة » .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وعنده » .

(٥) فى ب و ح : « الصلة » .

(٦) « هذا » ليست فى ب و ح .

(٧) زاد فى ح هنا : « عليه » .

الأصحاء ، كالتزمني والعميان والمجانين ، واللائث^(١) - وهم فقراء : فإنه يجب عليه نفقتهم ، صلة للرحم .

فأما الأولاد الكبار ، الأصحاء : فلا يجب عليه نفقتهم .

وجعل القدرة على الكسب بمنزلة الغنى في حق هؤلاء ، إلا^(٢) في حق الأبوين ، فإن إلزام^(٣) الوالد^(٤) التكسب ، مع غنى الولد ، سبب للتأذي ، من الولد ، والله تعالى حرم التأفيف ، لما فيه من نوع أذى ، وهذا فوق ذلك .

وأما الأولاد الصغار : < ف > إذا كان لهم مال فنفقتهم من^(٥) ما لهم ، لا على الأب .

وإن^(٦) كان المال حاضراً في يد الأب : يتفق منه ، إن شاء ، ولكن ينبغي أن يشهد على ذلك رجلين ، عدلين ، حتى يصدق به القاضي إذا أنكر الولد^(٧) ، بعد الكبر ، إنفاقه عليهم ، لأنه خلاف الظاهر والغالب^(٨) ، لأن المוסر يتفق على ولده من مال نفسه ، وإن كان لهم مال .

(١) في ب و ح : « أبوان ، وأولاد صغار ، وكبار زمني أو < عمي > أو مجانين أو لائث » .
وفي ب : « عما » ، وفي ح : « أعمى » .

(٢) « إلا » ليست في ح .

(٣) في ح : « ولأن التزام » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « الولد » .

(٥) في ب و ح : « في » .

(٦) في ب و ح : « فإن » .

(٧) « الولد » ليست في ح .

(٨) في ب و ح : « الظاهر إذ في الغالب أن الأب المוסر يتفق على ولده » .

وكذلك إن كان المال غائباً : ينفق من مال نفسه ، ويشهد على ذلك ، ليمكنه الرجوع ^(١) .

فأما فيما بينهم ^(٢) وبين الله فلا حاجة إلى الإيـشهاد ، ولكن لا بد أن ينوى عند الاتفاق أنه يكون قرضاً عليه ، إذ ^(٣) له ولاية الإقراض للصبي ^(٤) ، فيشترط البينة ، فيحل له الرجوع ^(٥) .

وإن كان الرجل فقيراً ، صحيحاً ، مكتسباً : فإنه يجب عليه نفقة الوالدين ، والأولاد الصغار ، والأبنات ، والكبار الزمـنى . ويشار كونه في نفقته التي اكتسبها لنفسه ، وإن لم يكن في ذلك كفاية لهم ، لأنه لا يشارك الرجل أحد في نفقة والديه ، وكذلك في نفقة الولد المحتاج ، لقيام البعضية بينهم .

أما إذا كان الأب فقيراً ^(٦) ، زَمِناً : فإنه يجب نفقة هؤلاء ^(٧) على من كان موسراً من ذوى الرحم المحرم - فإنه روى عن أبي يوسف أنه قال : إذا كان للفقير الصحيح ^(٨) أولاد صغار ، ولهم ^(٩) جد موسر :

(١) « وكذلك ... الرجوع » من ب .

(٢) فى ح : « بينه » .

(٣) « إذ » من ب و ح . وفى الأصل : « و » .

(٤) فى ح : « على الصبي » .

(٥) « فيشترط ... الرجوع » من ب .

(٦) فى ب : « الفقير » .

(٧) « نفقة هؤلاء » من ب .

(٨) « الصحيح » من ب .

(٩) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وله » .

لم^(١) أفرض النفقة على الجدة . وإن كان الأب زَمِيناً : أفرض النفقة على الجدة ، لأن الأب الفقير الزمن لا يكون من أهل وجوب النفقة عليه ، فجعل كأن لم يكن .

وقالوا في حق هؤلاء : إذا كان الرجل الموسر غائباً ، وماله حاضر^(٢) في يد إنسان أمانة ، فأقر بالقراءة والمال ، أو كان القاضي له علم بذلك - فإنه يفرض القاضي نفقة هؤلاء في^(٣) مال الغائب . إذا كان ماله دراهم أو دنائير^(٤) ، أو طعاماً - فأما إذا كان عروضاً : فإن القاضي لا يبيع عروضه ، للنفقة على هؤلاء ، كما لا يبيع العقار ، ولكن الأبوان يبيعان عروضه ويصرفان^(٥) إلى نفقتهما بقدر المعروف ، ولا يتعرض لهما^(٦) القاضي ، ويجوز ذلك البيع - وهذا قول أبي حنيفة ، وهو استحسان . والقياس أن لا يجوز بيع الأبوين عروض ولدهما ، كما لا يجوز بيع العقار .

وما عرفت من الجواب في حق الوالدين ، فهو الجواب في حق الجدة والجدة ، عند عدم الوالدين - فأما في حال قيامهما فتحكمهما^(٧) كحكم سائر ذوى الأرحام .

(١) «لم» ليست في ب والصحيح ما في المتن : راجع الكاساني ، ٤ : ٣٥ السطر الأسفل ص ٣٦ .

(٢) في ب : «حاضراً» .

(٣) في ب و ح : «من» .

(٤) في ح : «لذا كان لهم دراهم ودنائير» .

(٥) في ح كذا : «ويصرفانه» . وفي ب : «ويصرفا» .

(٦) في ح : «فيها» .

(٧) في ب و ح : «حكم» .

ثم من ^(١) سوى هؤلاء الذين ذكرناهم من ذوى الأرحام المحرم ^(٢)، فإنه تجب النفقة على الموسرين ، للمعسرين ، على قدر الموارث . ولا يجب على الفقراء قليل ولا كثير ، ولا يشاركونهم فى نفقاتهم ، لأنها وجبت بطريق الصلة ، والصلات تجب على الأغنياء ، دون الفقراء ، للتمارض ^(٣) .

ثم الكلام فى كيفية وجوب نفقة المحارم - فنقول :

الأصل أنه ^(٤) إذا ^(٥) اجتمع الأقرب والأبعد ، فى الوالدين والمولودين ، وفى غيرهما من ذوى ^(٦) الرحم المحرم : فإنه تجب ^(٧) النفقة على الأقرب دون الأبعد .

وإذا استويا فى القرب : فإنه يجب على من له نوع رجحان فى الوالدين ، والمولودين ^(٨) .

وفى غير الوالدين والمولودين من ذوى الرحم : إذا وجد الاستواء

(١) هكذا فى ب . وفى الأصل : « ما » . وفى ح : « الأرحام من ما » .

(٢) « المحرم » من ب و ح .

(٣) فى ح : « للتمارض » .

(٤) « ثم الكلام ... الأصل أنه » من ب .

(٥) فى الأصل و ح : « وإذا » . راجع الهامش السابق .

(٦) « ذوى » ليست فى ح .

(٧) فى ب : « لا تجب » .

(٨) « فى الوالدين والمولودين » من ب .

فى القرابة: رجح بكونه وارثاً. حتى إن^(١) كل من ورث: يجب عليه دون^(٢) من حجب.

فإذا استويا فى الميراث: يجب عليهما، بقدر الميراث، لوجود الاستواء فى سبب الاستحقاق، وسبب الترجيح - فتكون النفقة بينهما على قدر الموارث. إذا ثبت هذا الأصل يخرج عليه المسائل، فنقول^(٣):
إن الفقير إذا كان له والد وابن ابن موسر^(٤): تجب النفقة على الوالد، لأنه أقرب.

- وإن كان له والد وابن موسر^(٥): تجب على الابن، لأنها استويا فى القرب، ويرجح الابن، لأنه كسبه، فيكون له حق فى كسبه.
- ولو كان له جد وابن ابن موسر^(٦): تجب عليهما^(٧) النفقة، على قدر الميراث: على الجد السدس، والباقي على ابن الابن.

(١) « من ذوى الرحم إذا وجد الاستواء... حتى إن » من ب. وفى الكسانى (٤: ٣٢: ٤): « فإن استويا فى القرب فى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر، وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث، وإن كان كل واحد منهما وارثاً. وإن لم يوجد الترجيح، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما. وأما فى غيرها من الرحم المحرم، فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوباً، فالنفقة على الوارث، ويرجح بكونه وارثاً، وإن كان كل واحد منهما وارثاً، فالنفقة عليهما على قدر الميراث ».

(٢) « دون » ليست فى -.

(٣) « لوجود الاستواء فى سبب... فنقول » من ب. وفى الأصل و - مكان هذه العبارة كلها: « ولهذا قالوا » وقد حذفناها من المتن.

(٤) فى ب: « موسرين ».

(٥) فى - : « موسرين ».

(٦) « موسر » ليست فى ب و -.

(٧) « عليهما » من ب و -.

- وكذلك إذا كان له أم وعم ، أو أم وأخ ، لأب وأم^(١) ، أو لأب :
فعلى الأم الثلث ، وعلى العم أو الأخ^(٢) الثلثان على قدر الميراث .
- ولو كان له عم وخال : فالنفقة على العم ، لأنهما تساويا فى القرابة^(٣) ،
والعم هو الوارث ، فيجب عليه .

- ولو كان له^(٤) خال وابن عم : فالنفقة على الخال ، دون ابن العم ،
لأنهما لم يستويا فى الرحم المحرم ، بل الخال هو ذو الرحم المحرم ، فيجب
عليه ، واستحقاق الميراث^(٥) للترجيح ، وذلك عند الاستواء فى سبب
الاستحقاق^(٦) .

-- ولو كان له^(٧) عممة وخالة وابن عم : فعلى الحالة الثلث ، وعلى العممة
الثلثان ، ولا شيء على ابن العم ، لأنه لم يوجد فى حق ابن العم سبب
الاستحقاق ، والعممة والحالة استويا فى سبب الاستحقاق ، وفى استحقاق
الميراث ، فيكون بينهما على قدر الميراث .

- ولو كان له^(٨) عم وعممة وخالة ، فالنفقة على العم لا غير ، لأنه
ساواهما فى الرحم والتحریم ، وهو الوارث ، دونهما ، فتكون النفقة عليه .

(١) فى ب ذكر مرتين عبارة : « وأخ لأب وأم » .

(٢) فى ب : « وعلى الأخ والعم » .

(٣) فى ب : « ... فى القرابة المحرمة للنكاح ، بسبب كونه وارثا » .

(٤) « له » من ب .

(٥) فى ب : « النفقة » .

(٦) أى فى سبب استحقاق النفقة عليه .

(٧) « له » من ب و ح .

(٨) « له » من ب .

وعلى هذا الأصل مسائل (١) .

. . .

ثم النفقة لا تجب مع اختلاف الدين إلا للوالدين ، والمولودين ،
والزوجة ، والجد (٢) والجدّة ، فى حال عدم الأبوين . ومن سوى هؤلاء ،
تجب نفقته عند اتفاق الدين لا غير - لأن نفقة الولاد تجب باعتبار
البعضية (٣) وصيانة نفسه عن الهلاك واجب - فكذلك صيانة (٤) بعضه -
فأما نفقة ذى الرحم المحرم : < ف > تجب باعتبار الصلة ، وإنها تجب
عند اتفاق الدين .

فشرط وجوب (٥) نفقة المحارم : اليسار ، واتفاق الدين - بخلاف نفقة
الزوجات ، والوالدين ، والمولودين .

. . .

ثم ما حد اليسار الذى يتعلق (٦) به وجوب النفقة ؟
ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف أنه اعتبر نصاب الزكاة .
وروى هشام عن محمد أنه إذا كان له فضل عن (٧) نفقة شهر ، اه (٨)

(١) انظر الكشافى ، ٤ : ٣٢ - ٣٤ .

(٢) « الجد » ليست فى ب .

(٣) فى ح : « البعضية والجزئية » .

(٤) « صيانة » من ب .

(٥) « وجوب » من ب و ح .

(٦) هكذا فى ب . وفى ح : « الذى يتعلق » . وفى الأصل : « التى يتعلق » .

(٧) فى ب و ح : « على » .

(٨) « له » من ب و ح .

ولعياله : فإنه يجب عليه نفقة ذى الرحم المحرم ، وإلا فلا .

وروى عن محمد أنه من لا شيء له ^(١) من المال ، وهو يكتسب كل يوم درهما ، ويكفى له أربعة دوايق ^(٢) ، فإنه يرفع ^(٣) لنفسه وعياله ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته ^(٤) .
وقول محمد أوفق ^(٥) .

وأما نفقة الرقيق

فسبب وجوبها الملك ^(٦) .

ولهذا : لا يجب على العبد نفقة ولده الحر ، لأن كسبه مال مولاه .
وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده الرقيق ، لأنه ملك غيره ، فتكون نفقته عليه .
وقالوا فى الجارية المشتركة إذا جاءت بولد ، وادعاه المولىان : فنفقة هذا الولد عليهما . وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما ، لأنه أب كامل فى حقه .

. . .

وقالوا فى المفقود : إن القاضى يفرض فى ماله لا بويه ، ولا مرأته ،

(١) فى ب و ح : « أن من لا شيء فى يده » .

(٢) فى ب : « دوايق » .

(٣) فى ب و ح : « يدفع » .

(٤) فى ب : « على من تجب عليه نفقته حالة اليسار » .

(٥) فى ب و ح : « أوفق » .

(٦) « وأما نفقة ... الملك » من ب .

والصغار من ولده ، والبنات^(١) ، والذكور الزمّنى^(٢) - فينصب عنه^(٣) خصماً ، ويقضى عليه بنفقة هؤلاء .

وقالوا : يقضى في مال المفقود للجد ، وولد الولد ، في حال عدم الأب والولد . فأما^(٤) في حال قيامهما : < ف > لا يقضى^(٥) ، لأنهم حينئذ في حكم ذوى الأرحام ، ولا يقضى بنفقة^(٦) ذوى الأرحام في مال المفقود - والله تعالى أعلم .

(١) في ب و ح : « والإناث » .

(٢) في ب و ح : « والزمّنى » .

(٣) في ب : « عليه » .

(٤) « فأما » ليست في ح .

(٥) « لا يقضى » من ب و ح .

(٦) في ب : « نفقة » .

كتاب^(١)

الطلاق

يحتاج^(٢) إلى: بيان أنواع الطلاق، وإلى بيان أحكامها - فنقول:

الطهر في الوصل نوعان: طهر سنة، وطهر بدنه.

والسنة نوعان: نوع يرجع إلى العدد، ونوع يرجع إلى الوقت.

وكذلك طلاق البدعة نوعان أيضا: يرجع إلى العدد، والوقت.

ثم السنة في العدد والوقت نوعان عندنا: حسن، وأحسن:

فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته، واحدة، - رجعية، في طهر^(٣)،

لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عديتها، أو كانت حاملا قد استبان حملها.

وأما الحسن، فإن يطلقها، واحدة، في طهر، لم يواقعها^(٤) فيه، ثم

يطلق في الطهر الآخر، واحدة^(٥)، ثم في الطهر الثالث، واحدة - فتبين^(٦).

(١) «كتاب» من ب و ح، والكاساني (٣: ٨٨). وكانت كذلك في الأصل، ولكن - كما

يبدو - بدأت إلى «باب».

(٢) في الأصل و ب: «قال: يحتاج».

(٣) في ب: «في طهر واحد».

(٤) في ب: «لم يجامعها».

(٥) في ب و ح: «في الطهر الثاني ثانيا».

(٦) في ح: «وفي الطهر الثالث ثالثا فتبين منه». وفي ب: «ثم في الطهر الثالث فتبين».

والصغار من ولده ، والبنات^(١) ، والذكور الزماني^(٢) - فينصب عنه^(٣) خصماً ، ويقضى عليه بنفقة هؤلاء .

وقالوا : يقضى في مال المفقود للجد ، وولد الولد ، في حال عدم الأب والولد . فأما^(٤) في حال قيامهما : < ف > لا يقضى^(٥) ، لأنهم حينئذ في حكم ذوى الأرحام ، ولا يقضى بنفقة^(٦) ذوى الأرحام في مال المفقود - والله تعالى أعلم .

(١) في ب و ح : « والإناث » .

(٢) في ب و ح : « والزمني » .

(٣) في ب : « عليه » .

(٤) « فأما » ليست في ح .

(٥) « لا يقضى » من ب و ح .

(٦) في ب : « نفقة » .

كتاب^(١)

الطلاق

يحتاج^(٢) إلى: بيان أنواع الطلاق، وإلى بيان أحكامها - فنقول:

الطهر في الوصل نوعان: طهر سنة، وطهر برء.

والسنة نوعان: نوع يرجع إلى العدد، ونوع يرجع إلى الوقت.

وكذلك طلاق البدعة نوعان أيضا: يرجع إلى العدد، والوقت.

ثم السنة في العدد والوقت نوعان عندنا: حسن، وأحسن:

فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته، واحدة، رجعية، في طهر^(٣)،

لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عديتها، أو كانت حاملا قد استبان حملها.

وأما الحسن، فإن يطلقها، واحدة، في طهر، لم يواقعها^(٤) فيه، ثم

يطلق في الطهر الآخر، واحدة^(٥)، ثم في الطهر الثالث، واحدة-فتبين^(٦).

(١) «كتاب» من ب و ح، والكاساني (٣: ٨٨). وكانت كذلك في الأصل، ولكن - كما

يبدو - بدأت إلى «باب».

(٢) في الأصل و ب: «قال: يحتاج».

(٣) في ب: «في طهر واحد».

(٤) في ب: «لم يجامعها».

(٥) في ب و ح: «في الطهر الثاني ثانيا».

(٦) في ح: «وفي الطهر الثالث ثلثتين منه». وفي ب: «ثم في الطهر الثالث فتبين».

وأما طلاق البدعة في الوقت: < ف > أن يطلقها في حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه .

وأما طلاق البدعة ^(١) في العدد: < ف > أن يطلقها، ثلاثاً، بكلمة واحدة ^(٢) . ثم السنة التي ترجع إلى العدد: تستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ^(٣) ، لأنه إيقاع الطلاق من غير حاجة .

فأما السنة في الوقت: < ف > يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها: فإن الطلاق في حالة الحيض يكره عليها إذا كان مدخولاً بها لا غير ^(٤) ، لأن فيه تطويل العدة. فأما في غير المدخولة: فلا يكره، لأنه لا يؤدي إلى تطويل العدة، فإنه لا عدة عليها ^(٥) .

وهذا الذي ذكرنا، من ^(٦) السنة والبدعة، قول أصحابنا .

وقال الشافعي: لا أعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وإنما السنة والبدعة في الوقت - على ما ذكرنا .

وأصل ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته في حالة الحيض، فسأل رسول الله صلى الله عليه عن ذلك، فقال: « أخطأت »

(١) « أما طلاق البدعة » من ب و ح .

(٢) في ب: « ثلاثاً جملة واحدة في طهر واحد » . وفي ح: « ثلاثاً جملة في طهر واحد » . وفي ب و ح وردت عبارة: « وأما طلاق البدعة في العدد . . . بكلمة واحدة » قبل عبارة « وأما طلاق البدعة في الوقت . . . جامعها فيه » .

(٣) « وغير المدخول بها » ليست في ب .

(٤) في ب: « يكره في المدخولة » . وفي ح: « يكره في المدخول < بها > بدل: « يكره عليها إذا كان مدخولاً بها لا غير » .

(٥) « لأن فيه تطويل . . . لا عدة عليها » من ب و ح .

(٦) هكذا في ب . وفي الأصل و ح: « في » .

السنة ، ما هكذا أمرك الله ، إن من السنة أن يستقبل الطهر فيطلقها^(١) ،
لكل قرء تطليقة » .

هذا الذى ذكرنا فى حق ذوات الأقراء . فأما فى حق الآيسة والصغيرة -
< ف > طلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة^(٢) بشهر ، بالاجماع^(٣) .
وفى حق الممتدة^(٤) طهرها ، لا يطلق^(٥) للسنة ، إلا واحدة^(٦) .
وأما فى الحامل : < ف > قال أبو حنيفة وأبو يوسف^(٧) : يطلق ثلاثاً ،
للسنة^(٨) ، ويفصل بين كل طلاقها^(٩) بشهر .

وقال محمد وزفر : لا يطلق للسنة إلا واحدة ، وهى مسألة معروفة .
ثم فى حق الآيسة والصغيرة : إذا دخل بهما ، لا يكره الطلاق ،
وإن طلقهما فى طهر جامعهما^(١٠) فيه ، بل يباح له الطلاق فى أى وقت
شاء ، لأن احتمال الحمل^(١١) معدوم ، وفى ذوات الأقراء يكره لهذا^(١٢) .

(١) فى ب و ح : « أن تستقبل الطهر فيطلقها » .

(٢) هكذا فى ح . وفى الاصل و ب : « كل طلاقها » .

(٣) ينتهى هنا فى النص الذى أشرنا إليه قبيل كتاب البيع - انظر الجزء الاول . ص ٦٥٨ ،

هامش ٥ .

(٤) فى ب : « الممتد » .

(٥) فى ا : « لا تطلق » .

(٦) و (٧) فى ح : « لا يطلق للسنة واحدة فى كل شهر إلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف » .

(٨) « للسنة » ليست فى ح .

(٩) لعل الافضل أن يقال : « تطليقة » .

(١٠) فى ا و ب و ح الكلام بصيغة المفرد : « ... بها ... طلقها ... حامها » .

(١١) « الحمل » ليست فى ح .

(١٢) فى ب : « معدوم فى غير ذوات الأقراء فلا يكره لهذا »

وكذلك فى حق الحامل - لأن الكراهة^(١) للندامة بسبب الحمل^(٢)،
فتمت طلقها مع قيام الحمل ، علم أنه لم^(٣) يندم .

هذا الذى ذكرنا فى حق الحرة ، فأما فى حق الأمة المسامة والكتانية -
<ف> لا يختلف الجواب فى حق السنة والبدعة ، إلا أن فى حق الأئمة
طلاق السنة واحدة^(٤) ، لأن طلاق الأئمة^(٥) ثنتان ، وعدتها حيضتان .

ولو طلق امرأته واحدة ، ثم راجعها ، فى ذلك الطهر ، فله أن يطلقها
ثانياً ، للسنة ، عند أبى حنيفة وزفر .
وقال أبو يوسف : لا يطلق^(٦) .

وعن محمد روايتان .

وأجمعوا أنه لو أبانها فى طهر لم يجامعها فيه ، ثم تزوجها - له أن يطلقها ،
ثانياً ، للسنة .

فأبو حنيفة ألحق المراجعة بالتزويج ، والمعنى الجامع بينهما أن بالمراجعة
بطل حكم الطلاق ، فجعل كأن لم يكن .

وعلى هذا قالوا : لو راجعها ، بالقبلة والمس^(٧) : له أن يطلقها ثانياً فى ذلك

(١) فى ب : « الكراهية » .

(٢) فى ا و ح : « الحمل » .

(٣) « لم » ساقطة من ا . وفى ب : « ماندم » .

(٤) التاء من ب و ح . وفى الاصل و ا : « واحد » .

(٥) « الأئمة » ساقطة من ا .

(٦) فى ب و ا : « لا تطلق » .

(٧) فى ا : « والمس » وفى ب : « أو المس » .

الطهر^(١) عند أبي حنيفة. فأما إذا راجعها بالوطء: <ف> لا يطلق^(٢) ثانياً، لأن
الوطء دليل^(٣) المراجعة، فيصير كما لو راجع ثم جامعها: ليس له أن يطلقها.
فأما إذا جامعها^(٤)، فجبات: جاز له أن يطلق أخرى، في ذلك
الطهر^(٥)، في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر، وقال أبو يوسف: لا يطلقها -
والصحيح قولهم^(٦)، لأن الكبراهة لمكان احتمال الجبل، فإذا علم بالجبل،
وطاق، فالظاهر أنه لا يندم، كما إذا ظهر الجبل فجامعها، ثم طلقها -
لا يكره، لما قلنا.

وإذا طلق امرأته في حالة الحيض، ثم راجعها، ثم أراد طلاقها للسنة:
ذكر في الأصل أنها إذا طهرت، ثم حاضت، ثم طهرت، طلقها إن شاء.
وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض^(٧)،

وذكر الكرخي وقال: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر
في الأصل قولهما. وما قال أبو حنيفة هو القياس، لأنه طهر لم يجامعها فيه،
وما ذكر في الأصل لحديث^(٨) ابن عمر أن النبي عليه السلام قال لعمر:
«مر ابنك فليراجعها، ثم يدعها^(٩)، حتى تطهر، ثم^(١٠) تحيض، فتطهر،

(١) «في ذلك الطهر» من ب.

(٢) في أ: لا تطلق.

(٣) في أ و ب و ح: «دلالة».

(٤) «جامعها» من أ و ب و ح. وفي الأصل: «راجعها».

(٥) «في ذلك الطهر» من ب.

(٦) في أ و ب و ح: «قولهما».

(٧) راجع: الطحاوي، المختصر، ص ١٩٢ وهامش ٦ منها - ص ١٩٤،

(٨) في ب: «في الأصل استحساناً للحديث».

(٩) في ح: «يدعها» . (١٠) «تطهر ثم» ليست في ب.

ثم يطلقها ، إن شاء ، طاهراً ، من غير جماع .

إذا ثبت هذا فنقول :

- إذا قال لامرأته : « أنت طالق للسنة » : < ف > إن كانت من ذوات الإقراء . وهي طاهرة ، من غير جماع ، يقع الطلاق للحال ^(١) . وإن كانت حائضاً أو ^(٢) في طهر جامعها فيه ، لم يقع الساعة ، فإذا حاضت ، وطهرت ، وقعت بها تطليقة .

- وإذا قال : « أنت طالق ثنتين للسنة ، أو ثلاثاً للسنة » وقع عند كل طهر ، لم يواقعها فيه ^(٣) ، طلقة .

- ولو قال : « أنت طالق ثلاثاً للسنة » ، ونوى الوقوع للحال ، يقع عندنا ، خلافاً لأزفر ، لأن السنة نوعان : سنة إيقاع ، وسنة وقوع : فإن وقوع الثلاث عرفناه جائزاً مشروعاً ^(٤) بالسنة ، وسنة الإيقاع ما ذكرنا . فإذا نوى ، صحّت نيته .

- ولو قال : « أنت طالق للسنة » ونوى الثلاث ، صح ، لما ذكرنا أن سنة الإيقاع نوعان : حسن وأحسن ، فإذا لم يكن له نية ، يقع على الأحسن ، وهو الطلاق الواحد ، في طهر ، لم يجامعها فيه ، وإذا نوى الثلاث

(١) « للحال » من ب .

(٢) « أو » ليست في ح .

(٣) « فيه » من ا و ب و ح .

(٤) في ا : « أو مشروعاً » .

فقد نوى إيقاعه في ثلاثة أطهار : فيقع ، عند كل طهر ، واحدة ، كأنه قال : « أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار » .

- ولو قال : « أنت طالق للبدعة » ، ونوى الثلاث ، صح ، لأن إيقاعه الثلاث ، جملة ، في طهر واحد ، بدعة ، والطلاق في حالة الحيض بدعة ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى ما يحتمله كلامه ^(١) ، فصحت نيته .

- فأما في حق الآيسة ، والصغيرة ، والحامل ^(٢) : < فإنه > إذا قال : « أنت طالق ثلاثاً للسنة » ، يقع ، للحال ، واحدة ، وعند كل شهر ، أخرى ، لقيامه مقام الطهر ^(٣) .
- وعلى هذا - إذا قال ^(٤) : « أنت طالق طلاق ^(٥) العدة ، أو طلاق المعدل ، أو طلاق الإسلام ، أو طلاق الحق ، أو طلاق القرآن ، أو أجل ^(٦) الطلاق ، أو أعدل الطلاق ، أو أحسن الطلاق » - فالجواب فيه مثل قوله : « أنت طالق للسنة » .

ثم ينوع الطلاق أيضاً إلى نوعين آخرين : رجبى وبائى :
أما الرجبى :

فهو صريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنتين ^(٧) .

(١) في ح : « لفظه » .

(٢) « والحامل » ليست في ب - انظر الهامش التالى .

(٣) زاد في ب : « وكذا في حق الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لما قلنا » - راجع الهامش السابق .

(٤) « إذا قال » ليست في ح .

(٥) « طلاق » ليست في ب و ح .

(٦) في أ : « أو قال : أنت طالق أجل » .

(٧) في ب و أ : « أو اثنتين » .

والصريح ما اشتق من لفظ ^(١) «الطلاق» نحو قولك ^(٢) : «أنت طالق» و ^(٣) «أنت مطلقة» و ^(٤) «طلقتك» ونحو ذلك. وكذلك إذا قال : «أنت الطلاق» ^(٥) ، لأن المصدر قد يراد به المفعول ، كأنه قال : «أنت مطلقة» وقد يراد به الفاعل فكأنه قال : «أنت طالق» .

وكذلك الألفاظ الثلاثة التي تسمى كناية ، نحو قولك «اعتدى» و «استبرى رحمك» و «أنت واحدة» ^(٦) فإنه يكون رجعياً : لأن قوله «اعتدى» ^(٧) : إن كان بعد الدخول ، يقع الطلاق به ^(٨) ، بطريق الاقتضاء ، لأن الأمر بالاعتداد يكون بعد الطلاق ، فيصير الطلاق ثابتاً مقتضى صحة الأمر ، كأنه قال : «طلقتك فاعتدى» ؛ وإن كان قبل الدخول بها ^(٩) : يجمل مجازاً ^(١٠) عن الطلاق . وكذا ^(١١) قوله : «استبرى رحمك» ، وقوله : «أنت واحدة» ^(١٢)

(١) في ا و ح : «لفظة» .

(٢) في ح : «قوله» .

(٣) و (٤) في ا : «أو» .

(٥) في ح : «طالق» .

(٦) أي أنت طالق طلقة واحدة كما يقال أعطيتك جزيلاً أي عطاء جزيلاً - فهو ، لما نوى الطلاق - قد جمل قوله «واحدة» نمناً لمصدر محذوف وهو الضافة (انظر ما سيأتي والاكساني ١١٢ : ٧ - ٩) . وانظر السطرين الأخيرين من متن هذه الصفحة وانظر فيها بعد ٢٦٨ .

(٧) «استبرى ... اعتدى» من ا و ب و ح .

(٨) «به» من ب .

(٩) «بها» من ح .

(١٠) في ا و ب و ح : «نحو مجاز» .

(١١) «كذا» ليست في ح .

(١٢) في الأصل : «وأنت» .

أى أنت طالق طلقة واحدة .

ثم ما كان من الصريح لا يحتاج فيه إلى النية .

وأما في هذه الألفاظ الثلاثة : < ف > يحتاج إلى النية .

فلو نوى بقوله « أنت طالق » ، ونظائره ، ثلاث تطليقات أو طلقتين -

لا يصح عندنا . وعند زفر والشافعي : يصح .

فأما إذا ذكر بلفظة الأمر ، بأن قال : « طلق نفسك » أو قال لرجل :

« طلق امرأتى » ونوى الثلاث : صح .

وكذلك إذا قرن به المصدر ، بأن قال « أنت طالق طلاقاً » . وكذا إذا

ذكر المصدر وحده ، بأن قال « أنت الطلاق » ونوى الثلاث : صح ،

بالإجماع ^(١) .

ولا خلاف في الكنايات المنبئة عن البينونة ، والحرمة ، نحو قولك :

« أنت بائن » ، « أنت على ^(٢) حرام » ونوى الثلاث : فإنه يقع الثلاث -

والمسألة معروفة .

ولو قال « أنت طالق » وقال أردت طلاقاً عن وثاق ، يصدق فيما بينه

وبين الله ، دون القضاء ^(٣) ، لأنه صرف الكلام عن ظاهره شرعاً .

ولو قال « أنت طالق » وقال ^(٤) أردت ^(٥) الطلاق عن العمل ، لا يصدق

(١) « بالإجماع » ليست في أ . أما في ب فقد سقطت عبارة « بأن قال : أنت طالق طلاقاً ، وكذا إذا ذكر المصدر وحده » فالمبارة فيها : « وكذلك إذا قرن به المصدر بأن قال أنت الطلاق ، ونوى الثلاث : صح ، بالإجماع » . وأما في ج فالمبارة ساقطة كلها ماعداً « بالإجماع » ، ولذن فالساقط في ح : « وكذلك إذا قرن به المصدر ... صح » .

(٢) « على » ليست في ب ففيها : « أنت حرام » .

(٣) في ح : « دون القضاء ولا يصدق في القضاء » .

(٤) « أنت طالق وقال » من أ ب و ح . (٥) في ح : « أردت به » .

أَصْلًا - كَذَا^(١) قال أصحابنا . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه^(٢) قال :
يصدق فيما بينه وبين الله في الفصلين .

ولو قال « أنت مطلقة رجعية^(٣) » ، لا يقع بدون النية .

ولو قال : « أنت أطلق من امرأة فلان » وهي^(٤) مطلقة ، فإنه
يقف^(٥) على النية ؛ إلا إذا كان في حال سؤال الطلاق منها : فإنه يقع ،
من غير نية .

ولو قال « يا مطلقة » أو « يا طالق^(٦) » وقال أردت به الشتم : يصدق فيما
بينه وبين الله ، دون القضاء^(٧) . إن لم يكن لها زوج قبله ، فأما إذا كان
لها زوج قبله : < فإنه > يصدق في القضاء .

ولو قال : « أنت طالق طالق » أو « طلقك طلقك » وعنى بالثاني
الإخبار : يصدق فيما بينه وبين الله ، دون القضاء .

ولو قال « أنت طالق » فقال رجل « ما قلت ؟ » فقال : « قلت : هي
طالق » ، أو قال « قد طلقها » فهي واحدة في القضاء ، لأن الظاهر
يدل عليه .

(١) في ب : « وكذا » .

(٢) « أنه » ليست في ب و ح . وفيها : « وقال »

(٣) « رجعية » ليست في ب و ح . وفي ح : « أنت مطلقة واحدة الرجعية » .

(٤) في ب : « وامرأة فلان » بدلا من : « وهي » .

(٥) في ا و ح : « يقع » .

(٦) في ح : « يا طلاق » .

(٧) في ا و ب و ح : « ولا يصدق في القضاء » .

وأما حكم الطلاق الرجعى - < فنقول > :

إنه يوجب الحرمة، وزوال الملك، عند انقضاء العدة . وفى الحال: ينعقد سببا لزوال الملك، ويتم عليه^(١) عند انقضاء العدة .

وكذا ينعقد سببا لزوال حل المحلية، عند انضمام الطلقة الثانية والثالثة إليه . فأما فى الحال: < ف > لا يزول شيء من الحل والملك .

وهذا عندنا^(٢). وعلى قول الشافعى: حكمه، للحال^(٣)، زوال حل^(٤) الوطء، وزوال الملك من وجهه.

وعلى هذا ينبى حل الوطء، عندنا، لقيام ملك النكاح، من كل وجه . وإنما يزول عند انقضاء العدة، فيكون الحل قائما قبل انقضاء العدة، وتكون الرجعة استدامة الملك - وعنده: الرجعة إنشاء النكاح من وجه، واستبقاء من وجه، فيقول^(٥) بالحرمة، احتياطا .

وعلى هذا ينبى أن الإِشهاد^(٦) ليس بشرط فى الرجعة، عندنا^(٧)، وعنده: شرط، لما كان إنشاء^(٨) النكاح من وجه .

(١) فى ب: « عمله » . وفى ا و ح: « يتم عليه » .

(٢) « فأما فى الحال ... عندنا » من ب وليست فى الاصل، ولا فى ا و ح .

(٣) « للحال » ليست فى ا و ح .

(٤) « حل » ليست فى ح .

(٥) « فيقول » ليست فى ا .

(٦) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل: « الشهادة ليس ... » .

(٧) « عندنا » ليست فى ا .

(٨) فى ا: « كان من إنشاء » .

وأجمعوا أنه يملك المراجعة من غير رضا المرأة ، ومن غير مهر ، ومن غير تجديد العقد : وهو أن يقول لامرأته « راجعتك » أو عبارة تقوم مقامها في هذا المعنى ^(١) ، والا ففضل أن يشهد على رجعتها ، وأن يعلمها بذلك .

وعلى هذا : إن الرجعة لا تثبت بالفعل عنده ، لأن إنشاء النكاح ، من كل وجه ، يكون بالقول ، والرجعة إنشاء من وجه ، فيجب ^(٢) أن تكون بالقول أيضا ، لكننا نقول : عندنا تثبت الرجعة و ^(٣) إلا عادة إلى الحالة الأولى ، بطريق الدلالة ، لأن الطلاق الرجعي متى زال الملك به ، عند انقضاء العدة ، يثبت من وقت التكلم من وجه ، لأن الإبانة قول الزوج ، وقوله ^(٤) هو الطلاق السابق ، فلم يصح ^(٥) الرجعة بالوطء ، لصار الوطء واقعا في ملك الغير من وجه ، فكان الإقدام على الوطء دلالة الرجعة والرد إلى الحالة الأولى ، احترازا عن الحرمة من وجه ^(٦) و ^(٧) .

(١) « المعنى » ليست في ب .

(٢) الفاء من ب .

(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « هو » .

(٤) في ا و ب و ح : « لأن الإبانة فعل الزوج وفعله » .

(٥) في ح : « فلم تصح » بدلا من : « فلم تصح » .

(٦) « من وجه » من ا و ب و ح .

(٧) عبارة الكاساني (٣ : ١٨١ : ٧ من أسفل - ١٨٢) : « ... وعلى هذا تبني الرجعة بالفعل بأن جامعها : أنها جائزة عندنا ، وعند الشافعي : لا يجوز الرجعة إلا بالقول - وجه البناء على هذا الأصل أن الرجعة عنده لإنشاء النكاح من وجه ، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول - فكذا وإنشاؤه من وجه ؛ وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه ، فلا تختص بالقول . ويبنى أيضا على حل الوطء وحرمة : وجه البناء أن الوطء لما كان حلالا عندنا فإذا وطئها فلم يجز الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضي عدتها ، =

وكذا إذا لمسها^(١) بشهوة^(٢)، أو نظر إلى فرجها شهوة^(٣)، لأن ذلك حرام أيضاً في غير الملك من وجه .

فأما النظر إلى فرجها^(٤)، لا عن شهوة، والنظر إلى سائر أعضائها عن شهوة: < ف > لا يوجب المراجعة، لأن هذا مما يباح في الجملة .

ولو جامعت الزوج، وهو نائم، أو مجنون: تثبت الرجمة .

ولو لمسته المرأة بشهوة مختلصة، أو كان نائماً^(٥)، واعترف^(٦) أنه كان

بشهوة^(٧): فهو رجمة عند أبي حنيفة. وهو رواية عن أبي يوسف. وقال

محمد: ليس برجمة^(٩) - وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع، في الجارية

= فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لأنه لا فعل منه إلا ذلك فيزول الملك مستنداً إلى وقت وجود الطلاق، فتبين أن الملك كان زائلاً من وقت الطلاق، من وجه، فيظهر أن الوطء كان حراماً، فجعل الإقدام على الوطء دلالة الرجمة، صيانة له عن الحرام - وعنده لما كان الوطء حراماً لا يقدم عليه فلا ضرورة لم جملة دلالة الرجمة .

(١) في ب و ح: « لو مسها » .

(٢) في ا و ب و ح: « لشهوة » .

(٣) في ا و ح: « لشهوة » .

(٤) « إلى فرجها » من ا و ب و ح .

(٥) « مختلصة أو كان نائماً » ليست في ب .

(٦) في ا و ب و ح: « واعترف » . وفي الكاساني (٣ : ١٨٢ : ٢٢) : « أو اعترف

الزوج أنه كان بشهوة » . وقال ابن الهمام في الفتح (٣ : ١٦٢) : « هذا إذا صدقها الزوج في الشهوة فإذا أنكر لا تثبت الرجمة » .

(٧) في ا و ب و ح: « لشهوة » .

(٨) « هو رواية عن » من ب - انظر الهامش التالي .

(٩) في الكاساني (٣ : ١٨٢ : ٢٣) : « ... فهو رجمة في قول أبي حنيفة ومحمد ،

وقال أبو يوسف: ليس برجمة . وقال ابن الهمام (فتح القدير ، ٣ : ١٦١) : « ... ذكر شيخ الإسلام وشمس الائمة ، أن على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجمة خلافاً لأبي يوسف انتهى ،

وعن محمد كقول أبي يوسف ، وذكر أن أبا يوسف مع أبي حنيفة « ولتحقيق هذه المسألة

راجع فيها تقدم ص ٩٦ - ٩٩ .

المشتراة بشرط الخيار للمشتري إذا لمست^(١) المشتري بشهوة^(٢)، على الاختلاس، فلا نميده^(٣).

ثم إنما تصح الرجعة إذا راجعها في العدة. <ف> لا تصح^(٤) بعد انقضاء العدة، لأنه زال الملك، فلا بد من تجديد العقد.

ولو أنها إذا طهرت من الحيضة الثالثة فقال «راجعتك» لا يخلو: إما أن تكون أيامها عشرة، أو مادون العشرة:

فإن كانت أيامها عشرة: فإنه لا تصح الرجعة، وتحل للأزواج، لأن عدتها تنقضي بمجرد مضي العشرة.

فأما إذا كان <ت> مادون العشرة: <ف> إن اغتسلت: لا تصح الرجعة، وتحل للأزواج. وإن كان قبل الاغتسال: <ف> لا تحل للأزواج، وتصح الرجعة، لأن مدة الاغتسال، من الحيض، بإجماع الصحابة.

ولو اغتسلت بسؤر حمار: فلا تصح الرجعة، ولا تحل للأزواج، لأن سؤر الحمار مشكوك فيه^(٥)، فكان الاحتياط في باب الحرمة أن لا تصح الرجعة، ولا تحل للأزواج.

ولو اغتسلت وبقي في^(٦) بدنها عضو، كانت له الرجعة. وإن كان

(١) في ب: «مست».

(٢) في ا و ب و ح: «لشهوة».

(٣) في الأصل يشبه: «فلا تمتد به» - راجع كتاب البيوع، باب خيار الشرط، ص ٩٦ -

٩٩ وخصوصاً ٩٧ - ٩٨.

(٤) في الأصل و ا و ب و ح: «فأما لا تصح». وفي الكاساني (٣: ١٨٣: ٢٠٠): «فلا تصح».

(٥) راجع ح ١ ص ١٠٣.

(٦) في ا و ب و ح: «من».

أقل من عضو ، فلا رجعة - وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقي أقل من عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحل لها الصلاة - هكذا روى عن أبي يوسف ، وقال محمد : الاستحسان في العضو أنه لا تنقطع الرجعة ^(١) ، والقياس أنه تنقطع ، كما في المضمضة والاستنشاق - إلا أنهم استحسنا وقالوا : لا ^(٢) تنقطع الرجعة ^(٣) ، لأن وجوب غسل العضو مجمع عليه ، فلا يكون الاغتسال معتبراً معه ، كما لو زاد على العضو . فأما إذا بقي المضمضة أو ^(٤) الاستنشاق : < فقد > روى عن محمد أنه قال ^(٥) : تنقطع الرجعة ، ولا تحل للأزواج ، لأن المضمضة تختلف في وجوبها ، فكان الاحتياط أن تنقطع الرجعة ولا تحل < للأزواج > ^(٦) . هذا الذي ذكرنا حكم الاغتسال .

ولو مضى وقت ^(٧) صلاة كامل ^(٨) ، قبل أن تغتسل : فإنه تنقطع الرجعة . لأن الصلاة صارت ديناً ، فيكون لها حكم الطاهرات مطلقاً . فأما ^(٩) إذا تيممت ، بأن كانت مسافرة : < فإن صلت تنقطع

(١) « الرجعة » من ب و ا .

(٢) « لا » ليست في ح .

(٣) « الرجعة » من ب

(٤) كذا في ا . وفي الأصل و ب و ح : « و » .

(٥) « قال » من ا و ح .

(٦) « لأن المضمضة تختلف . . . للأزواج » ليست في ب . وفي الأصل و ا و ح .

« الأزواج » فجعلناها « للأزواج » كي يستقيم المعنى كما سبق في المتن .

(٧) في ب : « في وقت » .

(٨) في ا : « كاملة » .

(٩) الفاء من ا و ب و ح .

الرجعة^(١) أيضا . فأما بنفس التيمم : < ف > عند أبي حنيفة وأبي يوسف :
لا تنقطع .

وعند محمد وزفر : تنقطع^(٢) . والمسألة معروفة .

ولو قال الزوج : قد^(٣) كنت راجعتك أمس ، وكذبت المرأة :
< ف > إن كانت في العدة : فالقول قوله^(٤) ، لأنه أخبر بما يملك إنشاء^(٥)
للحال . وإن قال^(٦) بعد انقضاء العدة ، وكذبت المرأة^(٧) : فالقول قولها^(٨) ،
لأنه أخبر بما لا يملك للحال إنشاء^(٩) ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة ،
خلافًا لهما . وهذه من جملة المسائل السبعة^(١٠) التي لا يستحلف فيها
عنده^(١١) .

فإن قال « قد راجعتك » ، فقالت مجيبة^(١٢) : « قد^(١٣) انقضت عدتي » :

(١) « الرجعة » من ب .

(٢) في ح : « لا تنقطع » .

(٣) « قد » من ب .

(٤) في أ : « قولها » .

(٥) هكذا في أ و ح . وفي الأصل : « الإنشاء » . وفي ب : « لا نشأ » .

(٦) « قال » ليست في ح . وفي ب : « كان » وانظر الهامش التالي .

(٧) في ب : « وكذبت المرأة لأن كانت في العدة » :

(٨) في ح : « فالقول قول المرأة » . وفي ب : « قوله » .

(٩) « وإن قال بعد إنشاء » ليست في أ .

(١٠) « السبعة » من أ و ب و ح . انظر الهامش التالي .

(١١) ذكرناها في باب الولي : الهامش ١ ص ٢٢٦ .

(١٢) زاد في أ و ب و ح : « له » .

(١٣) في ح : « لقد »

فالقول قولها عند أبي حنيفة ، وقال^(١) : القول قول الزوج -
والمسألة معروفة .

ومن حكم الطلاق الرجعى - أن تكون الأقراء محسوبة من العدة، لأن
الطلاق واقع فى حق^(٢) أحد الحكمين ، وهو انعقاده سبباً لزوال حل
التزوج^(٣) .

. . .

وأما الطلاق البائن :

فبذكر أقسامه ، وأحكامه - فنقول :

الطلاق البائن أقسام ثلاثة :

أحدها - أن يقترن^(٤) بصريح الطلاق ما يدل على الينونة .

والثانى - أن يكون اللفظ منبئاً عن الينونة .

والثالث - ما يقع به الينونة من طريق^(٥) الحكم .

أما الاول - < فنقول > :

إذا اقترن بالصريح العدد الثلاث بأن قال : « أنت طالق ثلاثاً » ،

أو^(٦) اقترن باللفظ المنبئ عن الينونة صفة المرأة^(٧) ، من غير حرف

(١) فى ا و ب و ح : « وقال أبو يوسف » وفى الكاسانى (٣ : ١٨٥ : السطر الاصل) :

« وقال أبو يوسف ومحمد » .

(٢) « حق » ليست فى ح .

(٣) « وهو انعقاده ... التزوج » ليست فى ا و ح .

(٤) فى ب : « يقرن » .

(٥) « طريق » ليست فى ح .

(٦) فى ا و ب و ح : « إذا » بدلا من : « أو » .

(٧) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « المرأة » .

المطف^(١) كقوله^(٢) : « أنت طالق بائن^(٣) » أو « طالق البتة^(٤) » ، أو « أنت طالق حرام » .

وعن أبي يوسف أنه إذا قال « أنت طالق للبدعة » ونوى واحدة بائنة : تكون بائنة . وروى هشام عن محمد في هذه المسألة أنه واحدة رجعية . ولو قال : « أنت طالق أقبح الطلاق » : روى عن أبي يوسف أنه رجعي ، وقال محمد : إنه بائن .

والقسم الثاني :

أن يوقع باللفاظ^(٥) دالة على البينونة والقطع والحرمة ، وهي تسمى « كتابات الطلاق » .

وهي في الجملة أقسام ثلاثة : منها ما يصلح للشتم ، والتبديد ، والطلاق . ومنها ما يصلح للطلاق والتبديد ، و^(٦) لا يصلح للشتم . ومنها ما^(٧) لا يصلح للطلاق . والأحوال ثلاثة : حال^(٨) ذكر الطلاق ، وحال الغضب ، وحال ابتداء الزوج بالطلاق ليس بحال سؤال الطلاق ولا حال الغضب .

وهنا حكايتان : أحدهما - أن وقوع الطلاق بهذه الألفاظ^(٩) يفتقر إلى

(١) « من المطف » من ا و ب . وفي ح : « من غير المطف » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كقولك » .

(٣) في ب : « أنت طالق ثلاثا بائن » .

(٤) في ا : « بتة » . وفي ب : « أنت طالق البتة » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بلفظ » . وانظر فيها تقدم ص ٢٥٨ .

(٦) « يصلح للطلاق والتبديد » ليست في ح .

(٧) « ما » من ا و ب و ح .

(٨) « حال » ليست في ب . وفي ح و ا : « حالة » .

(٩) « بهذه الألفاظ » ليست في ا .

نية الطلاق أم لا؟. والثاني - إذا قال المتكلم: «ما عنيت بهذا اللفظ الطلاق»: هل يصدق أم لا ؟ .

ف نقول :

أما بيان الحكم^(١) الأول :

إذا ذكر لفظاً يصلح للطلاق في^(٢) غير حال مذاكرة^(٣) الطلاق ، وحال الغضب^(٤) ، كيفما كان^(٥) : <ف> إذا نوى به الطلاق : يقع . وإن لم يكن له نية : لا يقع ، لأنه كما يصلح^(٦) للفرقة يصلح لأمر آخر - فإن قوله « بأن » يحتمل بينونة الطلاق ، ويحتمل بينونة الخير أو عن الشر . وكذلك قوله « اذهبي » و^(٧) « اغربي » و « الحقى بأهلك » فإنه كما يصاح للطلاق ، يصلح للإبعاد عن نفسه ، والتغريب من غير طلاق محتمل^(٨) ، والمحتمل^(٩) لا يقع بدون النية .

وإن كان لفظاً^(١٠) لا يصلح للطلاق ، فإنه لا^(١١) يقع به الطلاق ،

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « حكم » .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « من » وانظر الهامش ٤ .

(٣) في ب : « ذكر » وانظر الهامش التالي .

(٤) « في غير حال ... الغضب » ليست في ا .

(٥) « كيفما كان » من ا و ح .

(٦) « وإن لم يكن له نية ... كما يصلح » ليست في ح .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

(٨) « محتمل » من ا و ب .

(٩) « والمحتمل » ليست في ا . وفي ح : « ومحتمل » .

(١٠) « لفظاً » من ا و ب . وفي ح « ألفاظاً » .

(١١) « لا » ليست في ا .

وإن نوى ، لأن الطلاق يقع باللفظ ، لا بالنية ، كقوله « استقنى »^(١) ، و « اقمدي » و « أعرضت عن طلاقك » و « صفحت عن فراقك » و « تركت طلاقك » و « خليت سبيل طلاقك » ونحو ذلك .

وأما في حال ذكر الطلاق و^(٢) حال الغضب : < ف > في تسعة ألفاظ من الكنايات يقع الطلاق ، بلا نية - وهي قوله : « أنت بائن » و « أنت على حرام » و « خلية » و « بريئة » و « بنة » و « أمرك بيدك » و « اختاري » و « اعتدي » و « استبري رحمك » - لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح لغیره ، والحال يدل على الطلاق ظاهراً ، لأنه حال سؤال الطلاق ، وحال الغضب والحصومة ، فكان الظاهر أنه قصد الطلاق^(٣) بذلك ، فرجع جانب الطلاق على غيره .

وأما في سائر الألفاظ ، نحو قولك^(٤) : « لا سبيل لي عليك » و « فارقتك » و « خليت سبيلك » و « لا ملك لي عليك » و « الحقى بأهلك » و « وهبتك لأهلك » و « أغربى » و « أخرجى » و « أذهبي » و « قومي » و « استتري » و « تقنمي » و « تزوجي » و « لا نكاح لي عليك » ، ونحو ذلك - < ف > لا يقع إلا بالنية ، لأنه^(٥) كما تصلح للطلاق ، تصلح للتبعيد عن

(١) في ح كذا : « استقنى » .

(٢) « حال ذكر الطلاق » من ا و ب و ح .

(٣) في ا و ب : « قاصد للطلاق » . وفي ح : « قاصد الطلاق » .

(٤) في ب : « قوله » .

(٥) في ا : « لأنها » . وفي ح : « لأنها » .

نفسه^(١) ، والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق^(٢) ، فلا بد من النية .

وأما الحكم^(٣) الثاني :

وهو أنه إذا قال^(٤) « ما عنت به الطلاق » - هل يصدق؟ فقول:
في^(٥) كل لفظ يصلح للطلاق ، يصدق ، فيما بينه وبين الله ، لكونه
محتملاً^(٦) . فأما في القضاء < ف > هل يصدق : فهو على أقسام ثلاثة^(٧) :
- قسم منه لا يدين^(٨) ، في الأحوال كلها ، وهو أربعة ألقاظ : قوله : « أملك
بيدك » و « اختارى » و « اعتدى » و « استبرى رحمك » ، لأن هذه
الألقاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد ، فالظاهر منها الطلاق^(٩) ، والحال
يدل^(١٠) عليه ، فلا^(١١) يصدق في القضاء .

(١) « عن نفسه » ليست في ب .

(٢) « والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق » ليست في ا و ب و ح . وهنا في ا و ح :
« والحال لا يدل على الطلاق » . وفي ب : « والحال لا يدل على الطلاق لكونه محتملاً » .

(٣) في ح : « حكم » .

(٤) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وهو أن يقول » .

(٥) « في » ليست في ا .

(٦) في ا و ب و ح : « وبين الله لأنه نوى ما يحتمله لفظه وإن كان خلاف الظاهر » .

(٧) انظر الكاساني ، ٣ : ١٠٦ : ٩ من أسفل .

(٨) قال في المغرب : « دينه وكاه إلى دينه . وقولهم « يدين في القضاء » أي يصدق » .

وقال البahrى في النهاية (٣ : ٤٦) : « (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته : « دينت
الرجل تدينياً » وكلته إلى دينه ، فاستعمل في التصديق مجازاً » .

(٩) في ح : « فالظاهر منها أنه أراد به الطلاق » .

(١٠) في ا و ب و ح : « لا يدل » .

(١١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولا » .

- وقسم منه يدين في حال الغضب، ولا يدين في حال ذكر الطلاق -
 وذلك في كل لفظ يصلح للشم، وهي خمسة ألفاظ: «أنت خلية» -
 «برية» - «بته» - «باين» - «أنت على حرام»^(١) - لأن هذه الألفاظ
 تصلح للشم، وتصلح للطلاق، وحال الغضب يصلح للأمرين جميعاً^(٢)، فيسكان
 الحال محتملاً، واللفظ محتملاً^(٣)، للطلاق وغيره، فلا يكون قوله^(٤)
 خلاف الظاهر، فيصدق. وأما في حال ذكر^(٥) الطلاق: فذكر هذه
 الألفاظ مع الرضى لا يصلح إلا للطلاق، فحمل عليه، دون الشم.

- وقسم منه يدين في حال الغضب، وحال ذكر^(٦) الطلاق، وهي
 الألفاظ التي تصلح للتبديد والطلاق دون الشم، لأن هذه الألفاظ
 تصلح للتبديد وتصلح للطلاق، فلا يرجح أحد الأمرين بالحال، وقد
 نوى ما يحتمله كلامه، والظاهر لا يخالفه، فيصدق في القضاء.

< والقسم الثالث > ^(٧):

وأما البائن الذي يقع حكماً فكثير: كاعتراض حرمة المصاهرة،
 والرضاع، واللعان، والردة - ونحوها^(٨)، لأن الغرض هو المفارقة بينهما،

(١) هكذا في أ و ح . وفي الأصل: «وبرية»، وفي ب: «أنت خلية» و «برية»
 و «بته» و «باين» و «أنت على حرام».

(٢) «جميعاً» من أ .

(٣) هكذا في أ و ب و ح . وفي الأصل: «محتمل» .

(٤) هكذا في أ و ب و ح . وفي الأصل: «بته» .

(٥) و (٦) في أ: «مذاكرة» .

(٧) أي القسم الثالث من الطلاق البائن - راجع ص ٢٦٧ و ٢٦٨ .

(٨) في ب: «ونحو ذلك» .

فلا بد من ثبوت البينونة^(١) - لكن بعضها يكون طلاقاً بالاجماع بين أصحابنا^(٢)، وبعضها يكون فسخاً بالاجماع، وبعضها مختلف فيه^(٣).

أما الأول - <كالفرقة بالإيلاء>: فإذا مضت مدة الإيلاء^(٤)، بانت بتطبيقه بائنة عندنا، لأنه حصل بقول^(٥) الزوج. <و> كتفريق القاضى بسبب العنة^(٦): فإن القاضى نائب عن الزوج فى التفريق الواجب عليه^(٧) و^(٨).

وأما ما يكون فسخاً بالاجماع - <و> كالفرقة التى تقع بجرمة مؤبدة، مثل حرمة المصاهرة، وحرمة الرضاع، لأنها خلاف حكم الطلاق. وكذلك كل فرقة حصلت بفعل المرأة، أو حصلت لا بفعل الزوجين^(٩):

(١) فى ب: « ثبوت البينونة عن وصله النكاح ».

(٢) « بين أصحابنا » ليست فى ا. وفى ح: « بإجماع بين أصحابنا ».

(٣) هكذا فى ا و ب و ح. وفى الأصل: « يكون مختلفاً فيه ».

(٤) الإيلاء فى اللغة عبارة عن اليمين، وفى الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحه أربعة أشهر فصاعداً منما مؤكداً باليمين (البارقى، العناية، ٣: ١٨٢) - وسيأتى الكلام عليه فى باب مستقل. وفى ا: « مدة أيامها ». وانظر فيما بعد الهامش ٨.

(٥) فى ا و ب و ح: « بفعل ».

(٦) راجع الهامش ١ ص ٢٠٨.

(٧) « عليه » من ا و ب و ح.

(٨) العبارة فى الأصل ا و ب و ح كما يأتى: « أما الأول كتفريق القاضى بسبب العنة فإذا مضت مدة الإيلاء (فى ا: مدة أيامها) بانت بتطبيقه بائنة عندنا لأنه حصل بقول (فى ا و ب و ح: بفعل) الزوج فإن القاضى نائب عن الزوج فى التفريق الواجب (زاد فى ا و ب و ح: عليه) - والعبارة على هذا النحو غير مستقيمة فجعلناها على النحو الذى فى المتن.

(٩) فى ب: « وحصلت لا بفعل الزوج ».

فهي فسخ ، لأن المرأة لا تملك الطلاق^(١) ، والطلاق لا بد له من قول^(٢) الزوج ، وذلك نحو اختيار الأمة الممتقة نفسها ، أو اختيار الصغيرة إذا أدركت ، وردة المرأة ، وإبائها بالإسلام^(٣) بعد إسلام زوجها ، والفرقة الواقعة باختلاف الدارين ، لأنه ليس فعل^(٤) أحد ، وكذا إذا ملك أحد الزوجين صاحبه ، لأنه تقع الفرقة بلا فعل^(٥) ، وكذا إذا أسلم الحربى ، وتحته أكثر من أربع نسوة ، فاختار أربعاً^(٦) منهن : تقع الفرقة على الباقيات ، بغير طلاق ، لأن الحرمة^(٧) تثبت شرعاً ، واختيار الزوج ، للبيان ، لا أنه طلاق . وكذا اختيار الصغير^(٨) نفسه ، بعد البلوغ ، وإن كان فعله ، لأنه رفع النكاح من وجه^(٩) ، والفسخ يثبت بطريق الضرورة .
وأما المختلف فيه - <ف> نحو الفرقة بسبب اللعان : عند أبي حنيفة ومحمد : تكون طلاقاً ، وعند أبي يوسف : تكون فسخاً ، لأنه يثبت به^(١٠) حرمة مؤبدة ، عنده - خلافاً لهما .

(١) « الطلاق » من ا و ب و ج :

(٢) في ا و ب و ح : « فعل » .

(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عن الإسلام » .

(٤) في ب : « بفعل » .

(٥) في ا و ب و ح : « لأنه يقع لا بفعل أحد » .

(٦) « أربعاً » ليست في ا

(٧) « طلاق لأن الحرمة » ليست في ا .

(٨) في ا : « الصغيرة » .

(٩) « من وجه » ليست في ا .

(١٠) « به » ليست في ا و ب .

وكذا ردة الزوج: عند أبي حنيفة وأبي يوسف: فرقة بائنة بغير طلاق.
وقال محمد: هي طلاق بائن.

وإباء الزوج بالإسلام إذا أسلمت امرأته الذمية: فهو^(١) طلاق بائن
عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف: فرقة بائنة بغير طلاق.
فمحمد سوى بينهما^(٢) وجعلهما طلاقاً بائناً^(٣). وأبو يوسف جعلهما فسخاً. وأبو
حنيفة فرق بينهما فقال: ردة الزوج فسخ، وإبائه بالإسلام طلاق.
وأما بيان أحكام الطلاق البائن - فنقول:

< منها > - إن كان واحداً يزول به ملك النكاح^(٤)، وتبقى المرأة محلاً
للنكاح بطلاقين، حتى لا يحل له الاستمتاع بها، ولا يصح الظهار والإيلاء،
ولا يجري التوارث، ولا تحل إلا بتجديد النكاح، ولو وطئها لا يجب^(٥)
الحد، لاختلاف الصحابة في الكنايات: إنها بوائن أو راجع، وأصحابنا
أخذوا بقول من قال إنها بوائن. والشافعي أخذ بقول من قال
إنها راجع.

وإن كانت البيونة بالثلاث: يزول الملك، وحل المحلّة، جميعاً - حتى لا يحل
له وطئها إلا بعد إصابة الزوج الثاني. وإن وجد عقد النكاح أو ملك

(١) كذا في ب. وفي الأصل واو ح: « فهي ».

(٢) زاد في او ح هنا: « ولإبائه الإسلام ».

(٣) « بائناً » ليست في او ب و ح.

(٤) في ح: « يزول ملك الزوج ».

(٥) « لا يجب » ساقطة من ح.

اليمين : فإن النكاح لا يصح لعدم حل^(١) المحلية ، وبسبب ملك اليمين :
يصح ، ولا يفيد الحل .

ومنها- أن المبانة والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ، مادامت في العدة ،
عندنا ، خلافاً للشافعى .

وأجمعوا أنه لا تلحقها الكنايات المزيله للنكاح - والمسألة معروفة .
ومنها- أن الطلاق البائن هل يكره إذا خلا عن العدد^(٢) والعوض^(٣) ؟
فيه روايتان : فى ظاهر الرواية : لا يكره . وفى رواية الزيادات : يكره .
وإذا اقترن به العدد^(٤) : يكره ، بالإجماع^(٥) .

وإذا اقترن به^(٦) العوض ، وهو الخلع : لا يكره - على ما ذكر .

ثم وقوع الطلاق بما ذكرنا من الالفاظ يستوى فيه الجواب بين أن
وجد^(٧) من الزوج ، أو من نائبه ، وهو الوكيل والرسول .

وكذلك إذا كتب - وهو^(٨) أنواع :

إن لم يكن^(٩) مستقبين الحروف ، كما إذا كتب على الماء والهواء : فهذا^(١٠)

(١) « حل » من ب .

(٢) فى ا : « العدة » .

(٣) زاد فى الأصل هنا : « فيه » .

(٤) فى ح : « قرن به العدة » .

(٥) « وإذا اقترن به ... بالإجماع » ليست فى ب .

(٦) « به » ليست فى ا . وفى ح : « قرن به » .

(٧) فى ا و ب : « يوجد » . وفى ح كذا : « يأخذ » .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ومى » . والمقصود الكتاب بمعنى الكتابة .

(٩) أى الكتاب - انظر الهامش السابق .

(١٠) القاء من ا و ب و ح .

ليس بشيء ، لأنه لا يسمى كتابة .

وإن كان مستبين الخط ، ولكن لا يكون على رسم الكتابة ، بأن كانت ^(١) و ^(٢) على اوح أو حائط أو أرض : فهو ^(٣) في حكم الكتابة ، < و > لأن الإنسان قد يكتب لتجربة ^(٤) الخط ولتجربة الحبر والقلم ، فإن ^(٥) نوى الطلاق : يقع ، وإلا فلا .

فأما إذا كان ^(٦) على رسم الكتابة والرسالة ، بأن يكتب ^(٧) : «أما بعد - يا فلانة: إذا وصل إليك كتابي - فأنت طالق» ^(٨) : فإنه يقع الطلاق به ، ولا يصدق إذا قال «لم أرد به الطلاق» ، لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر .

ثم إذا كتب مطلقاً ، وقال «أنت طالق» ، على رسم الكتابة ، يقع الطلاق ، كما ^(٩) كتب ، ولا يتوقف على الوصول إليها .

وإن علقه بشرط الوصول ، بأن قال «إذا وصل إليك» ^(١٠) كتابي :

(١) في ا و ب و ح : « كتب » .

(٢) زاد هنا في ب : « في كتاب أو » .

(٣) في ا و ح : « وهو » .

(٤) في ب و ا : « لتجويد » .

(٥) الغاء من ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كانت » .

(٧) « بأن يكتب » ليست في ح و ا . وفي ب : « بأن كتب » .

(٨) في ب : « أما بعد - فلانة طالق . أو : إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق » .

وفي ح و ا كما في ب مع تغيير يسير في اللفظ دون المعنى .

(٩) « كما كتب » أي عقيب كتابته لفظ الطلاق بلا فصل (انظر : السكاساني ، ٣ : ١٠٩) - وهذا

التعبير متداول في كلام الفقهاء .

(١٠) في ب : « وصلك » .

فإنه لا يقع الطلاق^(١)، ما لم يصل الكتاب إليها، لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده^(٢).

. . .

هذا الذي ذكرنا حكم الصحيح فأما المريض إذا طلق، وهو صاحب الفراش^(٣)، طلاقاً رجعيّاً، أو بائناً، أو ثلاثاً، ثم مات من ذلك المرض، وهي^(٤) في العدة : فإنها ترث، عندنا - خلافاً للشافعي .

والقياس معه - لكننا استحسننا ، بإجماع الصحابة .

ولو زال المرض ، ثم نكس المريض ، ومات ، وهي في العدة : لم يرثه ، لأنه تبين أنه ما طلق في مرض الموت^(٥).

(١) « الطلاق » من ب .

(٢) في ب : « وجود الشرط » .

(٣) في ب : « فراش » .

(٤) « وهي » ليست في ب .

(٥) زاد في ب وا : « والله تعالى أعلم » .

باب

تفويض الطلاق

ههنا فصول أربعة :

أحدها - أن يقول لامرأته : « أمرك بيدك » .

والثاني - أن يقول لها : « اختارى » .

والثالث - أن يقول : « أنت طالق إن شئت » .

والرابع - أن يقول : « طلقى نفسك » .

أما الأول

فهو ^(١) نوعان : إما أن يكون مطلقاً ، أو مؤقتاً .

أما إذا قال « أمرك بيدك » مطلقاً ، ولم يوقت ^(٢) بوقت ، ويريد به الطلاق : فإنه يصير أمرها بيدها ، ويصير الطلاق مفوضاً إليها ، وتصير مالكة للتطبيق ، مادامت ^(٣) في مجلسها ذلك ، وإن طال .

وهذا إذا كانت حاضرة ، و ^(٤) سمعت الأمر من الزوج ، وعلمت به .

فأما إذا كانت غائبة ، أو حاضرة و ^(٥) لم تسمع : فلها الخيار في مجلس

(١) في أ و ب : « أما الأول - فنقول : هو » .

(٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « يوقت » .

(٣) في أ : « مادام » .

(٤) الواو من ب .

(٥) « حاضرة » من ب . وفي الأصل و أ : « غائبة أو لم تسمع » . وفي ح : « غائبة ولم يسمع » .

بلغ إليها الخبر فيه^(١)، وعلمت بذلك ، لأن هذا تمليك الطلاق ، والتمليك يقتصر جوابه على المجلس ، ويكون مؤقتاً به^(٢) ، كما في قبول البيع .

وإذا صار الأمر في يدها : فإن اختارت نفسها في المجلس ، تقع واحدة بائنة ، إذا أراد الزوج به^(٣) طلاقاً واحداً أو اثنين^(٤) . فإن أراد الزوج ثلاثاً ، فهي ثلاث^(٥) ، لأن هذا اللفظ من الكنايات ، فيحتمل الثلاث^(٦) ، فلا بد من نية الطلاق ، على التفصيل الذي ذكرنا . وكذلك إذا قالت^(٧) : « طلقت نفسي » أو « أبنت »^(٨) أو « أنا منك بائن » أو « طالق » أو قالت^(٩) « أنت على حرام » أو « أنت مني بائن » ، فإنه يكون جواباً ، لأن هذه الألفاظ للطلاق^(١٠) .

فأما إذا وجد منها كلام ، أو فعل يدل على الإعراض عن اختيار النفس : فإنه يبطل خيارها^(١١) ، ويخرج الأمر من يدها ، وذلك نحو أن تقوم من مجلسها ذلك ، إذا سمعت بالخيار ، إن كانت قاعدة ، أو^(١٢)

(١) « فيه » من ب . وفي ب : « يبلغها الخبر فيه » . وفي ا و ج : « بلغه الخبر إليها » .

(٢) و (٣) « به » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « وكذلك إذا أراد اثنين » .

(٥) « فهي ثلاث » ليست في ح .

(٦) « فيحتمل الثلاث » من ب .

(٧) هكذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « قال » .

(٨) في ا و ج : « طلقت نفسي أو أبنت نفسي » . وفي ب : « طلقت أو أبنت نفسي » .

(٩) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « قال » .

(١٠) في ا و ب : « ألفاظ الطلاق » .

(١١) في ح : « اختيارها » .

(١٢) هكذا في ا و ح . وفي الأصل : « وإن » .

كانت قائمة فركبت ، وإن كانت سائرة فإن أجابت ^(١) على الفور أو وقفت للتأمل في ذلك - وإلا فيبطل خيارها ، لأن ذلك دليل الإعراض . وكذلك إذا اشتغلت بافتتاح الصلاة ، أو بالأكل والشرب ، حتى يكون ذلك مجلس الأكل والشرب ^(٢) . فأما إذا أكلت شيئاً يسيراً ، أو شربت شربة - فلا يعتبر .

فإن قالت « ادعوا ^(٣) » إلى أبوأي حتى أستشيرهما ، أو « ادعوا ^(٤) » إلى شهوداً أشهدهم عليه ^(٥) ، - لم ^(٦) يبطل خيارها ، لأنها تحتاج إلى ذلك ، فلا يكون دليل الإعراض .

ثم إذا اختارت نفسها مرة ^(٧) : ليس لها أن تختار ثانياً ، ويبطل الخيار ، لأنه فوض إليها الخيار مرة واحدة .

وكذلك لو قال لها ^(٨) : « أمرك بيدك إن شئت » .
فأما إذا قال « أمرك بيدك كلما شئت » ، فيكون الأمر في يدها ، في ذلك المجلس ، وغيره ، حتى تبين بثلاث ، لأن كلمة ^(٩) « كلما » تقتضي

(١) في ب : « فأجبت فإن أجابت » - وفي غير هذا الخلاف العبارة هكذا في الأصل وغيره والمعنى ظاهر .

(٢) « والشرب » ليست في ا و ب و ح .

(٣) و (٤) في ب : « ادع » .

(٥) في ح : « على » .

(٦) « لم » ليست في ح .

(٧) « مرة » ليست في ح .

(٨) « لها » من ب .

(٩) « كلمة » من ب .

التكرار ، لكنها لا تطلق نفسها في المجلس إلا مرة واحدة^(١) ، كأنه^(٢) قال لها في كل مجلس « أمرك بيدك » ، فإلم يتجدد المجلس لا يتجدد الخيار . وكذلك إذا قال لها « أمرك بيدك إذا^(٣) شئت » أو « متى شئت^(٤) » أو « ما شئت » أو « متى ما^(٥) شئت » - فلها الخيار في المجلس ، وغيره ، كأنه قال لها^(٦) « اختارى^(٧) في أى وقت شئت » ، إلا أنه يكون لها الخيار مرة ، لأن هذه الألفاظ لا توجب التكرار .

فأما إذا كان الأمر باليد مؤقتاً ، بأن قال « أمرك بيدك يوماً ، أو شهراً ، أو سنة ، أو هذا اليوم ، أو هذا الشهر ، أو هذه السنة » : فلها الأمر في جميع ذلك^(٨) الوقت ، و^(٩) إعراضها عن الجواب في ذلك المجلس ، وغيره ، واشتغالها بغير الجواب من الأعمال والأقوال ، لا يبطل خيارها ، ما بقى شيء من ذلك الوقت^(١٠) ، لأنه فوض الطلاق إليها في جميع ذلك الوقت ، غير أنه إذا كان الوقت منكرًا ، كقوله « يوماً أو^(١١) شهراً » ، فلها

(١) « واحدة » ليست في ا و ب و ح .

(٢) في ا : « لأنه كأنه » . وفي ب : « لأنه يصير كأنه » .

(٣) في ا و ب : « إن » .

(٤) « أمرك بيدك فإلم يتجدد ... أو متى شئت » ليست في ب .

(٥) « ما » ليست في ا .

(٦) « لها » من ا .

(٧) في ح : « اختارى اختارى » .

(٨) « ذلك » ليست في ا و ب و ح .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) « الوقت » ليست في ا و ح .

(١١) في ا و ح : « و » .

الخيار من ساعته ^(١) التي ^(٢) تسكّم ، إلى أن يتم الوقت ويكون الشهر بالأيام .

فأما إذا عين ^(٣) فقال « هذا اليوم » أو « هذا الشهر » أو « هذه السنة » : فلها الخيار في بقية اليوم والشهر والسنة ^(٤) . ولو لم ^(٥) تعلم ^(٦) بالوقت حتى مضى ، يبطل خيارها ، ولا يتوقف ثبوت الخيار على الوقت الذي علمت به ^(٧) ، لأنه أثبت الخيار في زمان مقدر ، فينتهى بانتهاى الوقت ، إذ لو بقى ، لزاد على مقدار الوقت ، وفي الأمر باليد مطلقاً يتوقف ^(٨) على مجلس العلم ، فيشترط ^(٩) علمها بذلك ، لأنه ما قيده ^(١٠) بالوقت .

واو اختارت زوجها في أول الشهر ، أو في أول السنة ، ثم أرادت أن تختار نفسها بعد ذلك : فلها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد ، لأنه جعل إليها الخيار في جميع ^(١١) المدة . واختيارها ^(١٢) لازوج في اليوم إبطال للخيار

(١) في ا : « فلها من ساعته » وفي ح : « فله من ساعته » .

(٢) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الذى » .

(٣) في ا و ب و ح : « عرف » .

(٤) « والشهر والسنة » من ب .

(٥) « لم » ساقطة من ا .

(٦) هكذا في ا . وفي الأصل و ب و ح : « يعلم » .

(٧) في ح : « فيه » .

(٨) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يتوقف » .

(٩) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « ويشترط » .

(١٠) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لأنها ما قيد » .

(١١) « جميع » ليست في ح .

(١٢) في ا و ب و ح : « فاختارها » .

فيه ، فلا يوجب بطلان الخيار فى يوم آخر ، فى ذلك الوقت ، كما إذا
أعرضت عن الجواب فى يوم إذا ^(١) اشتغلت بأمر كثيرة ، فيبطل
خيارها فى ذلك اليوم ، لافى باقى المدة - كذا هذا .

وقال أبو يوسف : يخرج الأمر من يدها ، فى الشهر كله ، لأن
هذا تمليك واحد فى الشهر ، فيبطل برد واحد ، كتمليك البيع ^(٢) .
وكذلك الخلاف فى قوله : « أمرك بيدك كلما شئت » و ^(٣) « إذا شئت »
و ^(٤) « متى شئت » .

وقالوا أيضاً : إن الخلاف على عكس هذا .

وأما الفصل الثانى - إذا ^(٥) قال لها : « اختارى » - فنقول :

الجواب فى هذا وفى قوله « أمرك بيدك » سواء فى جميع الأحكام
إلا فى موضعين :

أحدهما - أن الزوج إذا أراد به الثلاث لا يقع ، وفى قوله ^(٦) « أمرك
بيدك » يقع ؛ لأن ذلك من كنايات الطلاق ، وأما قوله « اختارى »
< ف > ليس من ألفاظ الطلاق ، وإنما هو تفويض الطلاق بلفظ
لا يقتضى التكرار .

(١) فى ا ب و ح : « أو » .

(٢) فى ح : « المبيع » .

(٣) و (٤) فى ت و ا : « أو » .

(٥) فى ب : « وهو ما إذا » .

(٦) « قوله » من ا ب و ح .

والثاني - أنه لا بد من ذكر النفس ، ههنا ، فى أحد الكلامين ، بأن يقول الزوج : « اختارى نفسك » أو قالت ^(١) « اخترت نفسى » إذا ^(٢) قال الزوج « اختارى » لا غير . وأما إذا قال « اختارى » فقالت « اخترت » لا يكون شيئاً . وكذلك إذا قرن ^(٣) بالحيار ما يوجب الاختصاص باختيار الطلاق ، فهو كاف ، بأن قال « اختارى الطلاق » أو « اختارى اختيارة » ^(٤) .

ثم المرأة إذا قالت « اخترت نفسى » أو « طلقت نفسى » يكون جواباً . ولو قالت « اخترت أمى أو أبى أو أهلى أو الأزواج » : < ف > القياس أن لا يقع به شيء ، وفى الاستحسان : يقع ، لأن المرأة عند الطلاق تلحق بهؤلاء ، فصار اختيارها لذلك دلالة اختيار ^(٥) الطلاق ، كأنها قالت « اخترت الطلاق » .

. . .

(١) التاء من ا و ب و ح .

(٢) فى ا و ب : « أو » .

(٣) فى ب : « اقترن » .

(٤) فى ح : « أو اختارى اختارى » . وفى ب : « اختارى اختارى » . فأما فى ا : « فهو كاف بأن قال : اختارى » . ففى ا جملة ساقطة . وفى الكسافى (٣ : ١١٨) : « والثانى أن فى « اختارى » لا بد من ذكر النفس فى أحد الكلامين ، إما فى تفويض الزوج ، ولما فى جواب المرأة بأن يقول لها « اختارى نفسك » وتقول « اخترت » أو يقول لها « اختارى » فتقول « اخترت نفسى » ، أو ذكر الطلاق فى كلام الزوج أو فى كلام المرأة بأن يقول لها « اخترى الطلاق » ، أو ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بأن يقول لها « اختارى اختارى » ، فتقول « اخترت » . أو ذكر الاختيارة فى كلام الزوج أو فى كلام المرأة ، بأن يقول لها الزوج « اختارى اختيارة » ، فتقول المرأة « اخترت اختيارة » ... الخ » .

(٥) « اختيار » ليست فى ا و ب .

والفصل الثالث - إذا قال: «أنت طالق إن سئمت»:

فالجواب فيه مثل الجواب في «أمرك بيدك» في جميع الأحكام: إن كان مطلقاً: فعلى المجلس، وإن كان موقتاً: فثابت^(١) في جميع الوقت كما ذكرنا في الخيار^(٢) و^(٣). إلا أن هنا يقع الطلاق الرجعي، ولم يقع بائناً^(٤)، إلا إذا قال لها^(٥) «أمرك بيدك في تطليقة» أو «اختارى تطليقة» واختارت نفسها، يقع رجعياً لأنه فوض إليها الرجعي.

وكذلك إذا قال: «أنت طالق إن أردت، أو رضيت، أو هويت، أو أحببت»، فإذا قالت «سئمت» أو «أردت»^(٦)، في المجلس، يقع الطلاق، وإن كان لا^(٧) يعرف مشيئتها حقيقة، لأن الحكم متعلق بالاختيار عن المشيئة والإرادة، ولهذا إذا قال لها: «إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت طالق» فقالت «أحبك»^(٨) وفي قلبها بخلافه، يقع، ويعتبر الخبر، لا حقيقة المحبة.

وكذلك إذا قال لها «إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار، أو تكبرهين دخول الجنة - فأنت طالق» فقالت «إني أحب العذاب

(١) كذا في ح وفي ا على ما يظهر. وفي الاصل: «وقت».

(٢) «في جميع الأحكام... في الخيار» ليست في ب.

(٣) زاد في ب: «وقوله: اختارى» والعبارة فيها: «أمرك بيدك وقوله: اختارى».

(٤) في ا وب و ح: «يقع طلاق رجعي وهناك يقع طلاق بائن».

(٥) «لها» من ب.

(٦) في ب: «أحببت».

(٧) «لا» ليست في ا.

(٨) في ب: «ولمذا قال: إن» وفي ح: «ولمذا قال: إن»

(٩) في ح: «أنا أحبك».

بالنار^(١) وأكره الجنة ، وقع الطلاق ، لوجود الخبر .

ولو قال « إن كنت تحبني بقلبك فأنت طالق » فقالت « أحبك » ،
وفى قلبها بخلافه - يقع الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لما ذكرنا .
وعند محمد : لا يقع ، لأنه علقه بحقيقة فعل القلب ، ولم يوجد^(٢) .

وأما الفصل الرابع - إذا قال : « طلق نفسك » :

فالجواب فيه مثل الأول ، لأن هذا تملك الطلاق منها ،
بخلاف ما إذا قال لأجنبية « طلقى^(٣) امرأتى » حيث لا يقتصر
على المجلس ، وفى قوله : « طلقى نفسك » يقتصر على المجلس^(٤) ،
لأن ذلك توكيل ، وفى حق المرأة تملك إلا أن الفرق أن فى قوله :
« طلقى نفسك^(٥) » إذا أراد الزوج الثلاث يقع ثلاث^(٦) وفى قوله :
« أنت طالق إن شئت » فقالت : « شئت » : إذا أراد^(٧) الثلاث ، لا يقع .
ولو قال « اختارى » ، فقالت « طلقت » : يقع .

ولو قال « طلقى نفسك » ، فقالت « اخترت » ، لا يقع - لأن قولها
« اخترت » ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنها لو قالت « اخترت

(١) « بالنار » من ا و ب و ح .

(٢) « ولم يوجد » من ب .

(٣) فى ب و ح : « لأجنبي : طلق » .

(٤) « على المجلس » من ا .

(٥) « نفسك » ليست فى ح و ا .

(٦) « ثلاث » من ب .

(٧) فى ب : « وأراد » .

نفسى ، فبلغ الزوج ، وأجاز ^(١) - لا يقع به شيء . ولو قالت ^(٢) : « طلقت » ^(٣) نفسى ، فأجاز الزوج يقع ، وإنما صار جواباً لقوله : « اختارى » و « أمرك بيدك » بالنص ، والإجماع ، بخلاف القياس ، فاقصر عليه .

ثم ^(٤) فى هذه الفصول إذا أراد الزوج أن يعزلها ، ويخرج الأثر من يدها ، ويرجع عن ذلك ، لا يصح . وكذلك لو نهاها عن ذلك ، لأن هذا تفويض الطلاق ، وتعليك له ، والطلاق لا يحتمل الفسخ ، فأجابه كذلك .

وكذلك إذا قال « طلقى نفسك » أو ^(٥) « طلقى نفسك إن شئت » ، فقالت « شئت » - لا يقع شيء ^(٦) .

ولو قال « أنت طالق إن شئت » فقالت « شئت » ^(٧) ، يقع ، لأن ثمة أمرها بالتطليق ، ولم ^(٨) يقع ، وهنا ^(٩) علق الطلاق بمشيئتها ^(١٠) ، وقد أتت بالشرط ^(١١) .

(١) فى ا و ب و ح : « فأجاز » .

(٢) فى ح : « قال » .

(٣) فى ب : « اخترت » .

(٤) « ثم » من ا و ب و ح .

(٥) « طلقى نفسك أو » من ا و ب و ح .

(٦) « شيء » ليست فى ح .

(٧) « فقلت : شئت » ليست ب .

(٨) فى ب و ح : « فلم » .

(٩) فى ب و ح : « وهنا » .

(١٠) فى ب و ح : « لمشيئتها » .

(١١) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

الاستثناء وغيره

في الباب (١) فصول مختلفة :

الأول — فصل الاستثناء

إذا قال لامرأة « أنت طالق إن شاء الله » : <ف> إن كان موصولا : لا يقع الطلاق، وإن كان مفصولا : يقع (٢) — سواء قدم الاستثناء على لفظ (٣) الطلاق أو آخر ، لأن قوله « إن شاء الله » تعاليق الطلاق (٤) بمشيئة الله ، وإنها لا تعرف .

ثم الاستثناء المفصول أن يفصل (٥) المتكلم بين الاستثناء وما قبله ، بسكوت ، أو بكلام آخر (٦) .

فإذا (٧) انقطع الكلام بالتنفس (٨) : فلا عبرة به ، لأنه لا (٩) يمكن الاحتراز عنه .

(١) في ح : « قال رحمه الله : في هذا الباب » .

(٢) في ب : « لا يقع » .

(٣) في ح : « لفظة » .

(٤) « الطلاق » من اوب وح .

(٥) في اوب : « ثم الاستثناء الموصول أن لا يقطع » . وفي ح : « ثم الاستثناء الموصول أن لا يقع التكلم » .

(٦) « آخر » من اوب وح .

(٧) في اوب وح : « فأما إذا » .

(٨) في ح : « بالتنفس » .

(٩) « لا » ليست في ح .

ولو حرك لسانه بالاستثناء و^(١) أتى بحروفه على الوجه ، لكنه لم^(٢) يسمع ، يكون استثناء ، لأن هذا كلام ، وليس الشرط^(٣) هو السماع : ألا ترى أن الأصم يصح استثناءؤه ، وإن لم يسمع هو^(٤) .
ولو قدم الاستثناء ، فقال « إن شاء الله فأنت طالق »^(٥) : يصح استثناءؤه^(٦) ، بالإجماع .

فأما إذا قال « إن شاء الله أنت طالق » : يصح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد : لا يصح - هو يقول : هذا استثناء منقطع^(٨) . وهما يقولان : إن الفاء ههنا مضمرة^(٩) ، بدلالة الاستثناء .

ولو قال « أنت طالق إن شاء فلان » : فهو معلق بمشيئته : فإن شاء في مجلس العلم : يقع .

وإن علق^(١٠) بمشيئة من لا تعلم مشيئته ، من العباد ، مثل الملائكة والجن والشياطين : فإنه يصح الاستثناء ، حتى لا يقع الطلاق - كما إذا قال :

(١) في ح : « أو » .

(٢) في ح : « لا » .

(٣) زاد هنا في ح : « له »

(٤) « هو » ليست في ح .

(٥) في ح : « أنت » .

(٦) زاد هنا في ح : « أو قال : وأنت طالق » . وزاد في ب و ا : « أو قال : أنت طالق » .

(٧) « استثناءؤه » ليست في ا و ب و ح .

(٨) في ا و ب و ح : « ... وأبي يوسف . وقال محمد : هذا استثناء منقطع » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مضمرة » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تعلق » .

«أنت طالق إن شاء الله»^(١)، لأنه لا يعلم^(٢).

وأو قال «أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو اثنتين»^(٣): يصح الاستثناء، لأن هذا استثناء البعض من^(٤) الجملة، فيكون تكلمًا بالباقي. ولو قال «أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا»: يقع الثلاث، ويبطل الاستثناء، لأنه استثنى الكل^(٥).

ولو قال «أنت طالق عشرة»^(٦) إلا تسعا: تقع واحدة، وإن قال «إلا ثمانية»: تقع ثنتان. وإن قال^(٨) «إلا سبعا»: يقع ثلاثا، وكذا لو نقص عن السبع، يكون ثلاثا، لأنه تكلم بالباقي^(٩)، كأنه قال «أنت طالق واحدة، فتقع واحدة»^(١٠)، أو قال «أنت طالق ستا» فيقع ثلاثا.

والفصل الآخر^(١١)

إذا قال^(١٢) «أنت طالق نصف أطلقة أو ربع أطلقة»: تقع واحدة،

-
- (١) «حتى لا يقع ... الله» من أ و ح .
 (٢) العبارة في ب : «فإنه يصح الاستثناء لأنه لا يعلم، فكان كالأستثناء بمشيئة الله تعالى» .
 (٣) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : «اثنتين» .
 (٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : «عن» .
 (٥) «وأو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ... الكل» ليست في ح .
 (٦) في ا و ح : «عشرا» .
 (٧) و (٨) «إن قال» من ا . وفي الأصل و ب و ح : «تقع واحدة» و : «إلا ثمانية» : يقع ثنتان . و : «إلا سبعا» .
 (٩) «بالباقي» ليست في ا .
 (١٠) «واحدة» ليست في ب .
 (١١) «الآخر» من ا و ب و ح .
 (١٢) «إذا قال» من ح .

لأن الطلاق لا يتجزأ ، فيتكامل .

ولو قال « أنت طالق نصفاً »^(١) ربيع تطليقة « يقع ثنتان .

ولو قال « نصف »^(٢) تطليقة وربعا « : يقع واحدة ، لأنه أضاف إلى الأول^(٣) .

ولو قال « نصفك طالق » أو « ربك طالق » : يصح ، لأن الإضافة إلى الجزء الشائع^(٤) ، كالإضافة إلى الكل .

والحاصل أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع أو إلى جزء جامع : يقع ، بأن^(٥) كان ذلك الجزء يعبر به عن جميع البدن ، في الاستعمال ، نحو أن يقول « رأسك طالق » أو « فرجك »^(٦) أو « رقبك » أو « وجهك » . فأما إذا أضاف الطلاق^(٧) إلى جزء لا يعبر به عن جميع البدن^(٨) بأن قال « يدك ، أو رجلك ، أو ظهرك ، أو بطنك - طالق » : فإنه لا يقع عندنا . وعند الشافعي : يقع - والمسألة معروفة .

. . .

(١) في ا و ب : « نصف وربع » وفي ح : « نصف ربيع » . انظر ما سبلي .

(٢) « نصف » من ا و ب و ح .

(٣) في ا : « الأول » .

(٤) في ا و ح : « والشائع » .

(٥) في ح : « وإن » .

(٦) في ا و ح : « أو فرجك طالق » .

(٧) « الطلاق » من ب .

(٨) في ا و ب : « عن البدن عينا » .

والفصل الآخر (١)

طلاق المكره صحيح عندنا - خلافا للشافعي (٢).

وكذلك طلاق السكران : واقع، سواء سكر بالخمّر أو بالنبيذ .

وعلى أحد قولي الشافعي : لا يقع - وهو (٣) اختيار الطحاوي (٤) .

وأجمعوا أنه (٥) إذا شرب البنج (٦) أو الدواء (٧)، فسكر وزال عقله، فطاق : لا يقع .

والصحيح قولنا، لأنه زال العقل بسبب هو معصية، لتلذذه بذلك ، فيجمل قائماً، عقوبة عليه، بخلاف شرب الدواء - ولهذا قالوا: إن المكره على شرب الخمر (٨)، أو المضطر، إذا شرب ، فسكر: فإن طلاقه لا يقع، لأن هذا

(١) « الآخر » من ا و ب و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وعنده : لا » .

(٣) في ح : « وهذا »

(٤) قال الطحاوي في مختصره في كتاب الطلاق (ص ١٩١) : « وطلاق المكره لازم له كطلاق من سواء ممن ليس بمكره . وطلاق من لم يبلغ الحلم باطل . وطلاق المجنون . كذلك وطلاق السكران جائز عليه » ونقل الناشر عن شرحه في كتاب المرتد (الهامش ١ ص ٢٦٠) أنه روى عن أبي يوسف أن طلاق السكران « واقع لا على قول عثمان رضي الله عنه فإن طلاقه لا يقع كالمجنون . وذكر الطحاوي قول نفسه مع عثمان » وقال الطحاوي في كتاب الأشربة من مختصره (ص ٢٨٠ - ٢٨١) : « وطلاق السكران وعتاقه وأما ما كاهه واقواله كأفعال الصحيح إلا الردة ... [قال أبو جعفر : السكران عندي في أحكامه كالمجنون ، وبه نأخذ] » قيل : وما اختاره الطحاوي قول الإمام زفر ومحمد بن سلمة وهو مختار الكرخي (راجع مختصر الطحاوي في المواضع المشار إليها فيما تقدم) .

(٥) « أنه » من ا و ب و ح .

(٦) في المغرب : « البنج تعريب بنك ، وهو نبت له حب يسكر ، وقيل يسبت (أي يقطع) ورقه وقشره ويزره ، وفي القانون : هو سم يخلط العقل ويبطل الذكر ، ويحدث جنونا وخنافا ، وإنما قال الكرخي « واو شرب البنج » لأنه يمزج بالماء ، أو على اصطلاح الأطباء . »

(٧) في ب : « أو الدواء الذي يسكر » . وفي ا : « والدواء » .

(٨) « الخمر » ليست في ح .

ليس بمعصية. وبعض المشايخ قالوا : يقع ، لأنه حصل بسبب له فيه لذة .
وعن محمد أن من شرب النبيذ ، فلم يزل عقله ، فصدع ، وزال عقله
بسبب الصداع ، فطالق امرأته - قال^(١) : لا يقع .
وعلى هذا - طلاق الهازل ، وطلاق الغلطىء : واقع ، وهو أن يريد
الرجل غير الطلاق ، فسبق على^(٢) لسانه الطلاق والعناق .
وذكر الكرخى أن فى العناق : عن أبي حنيفة روايتان^(٣) .
.

فصل آخر^(٤)

لا خلاف أن تنجز الطلاق لا يصح إلا فى الملك .
فأما التعليق فى الملك : فصحيح ، بالإجماع ، بأن قال لامرأته « إن
دخلت الدار فأنت طالق » .
وأما التعليق بالملك^(٥) ، بأن قال لأجنبية^(٦) : « إن تزوجتك فأنت
طالق » : فإنه^(٧) يصح عندنا ، وعند الشافعى : لا يصح . وكذلك إذا قال :
« كل امرأة أتزوجها فهى طالق » .
وقال مالك : إن عم : لا يجوز ، وإن خص : جاز .

(١) « قال » ليست فى ا و ح .

(٢) « على » ليست فى ح .

(٣) زاد فى ا و ب هنا : « والله أعلم » .

(٤) « آخر » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ا و ب و ح : « فأما التعليق فى غير الملك » .

(٦) « لأجنبية » من ب و ا .

(٧) « فإنه » من ا و ح .

والصحيح قولنا، لأن تعليق الطلاق^(١) ليس بطلاق للحال^(٢)، وإنما هو إيقاع الطلاق عند وجود الشرط . وملك النكاح قائم ، في ذلك الوقت ، فيصح ،

ثم إذا علق الطلاق في النكاح ، ثم وجد الشرط : <ف> ان كانت منكوحة ، يقع الطلاق ، وتنحل اليمين . وإن كانت مبانة ، وهي في العدة ، عند الشرط^(٣) - يقع الطلاق أيضا عندنا ، لأن المبانة والمختلعة يلحقها صريح^(٤) الطلاق . عندنا . وإذا انقضت عدتها^(٥) ، فوجد الشرط : تنحل اليمين ، لا إلى الجزاء^(٦) .

ولو علق ثلاث تطليقات في الملك ، ثم طلقها ثلاثا : يبطل التعليق ، عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر : لا يبطل - حتى لو تزوجت بزواج آخر ، وعادت إليه ، بعد إصابة الزوج الثاني^(٧) وطلّاقه ، ثم وجد الشرط : لا يقع^(٨) شيء ، عندنا - خلافا له .

ولو طلقها واحدة أو اثنتين ، فتزوجت بزواج آخر ، فوطئها و^(٩) عادت إليه ، فوجد الشرط : فإنه يقع ثلاث تطليقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١) في ب : « لأن التعليق بالطلاق » .

(٢) « للحال » ليست في ا و ب و ح .

(٣) « عند الشرط » ليست في ح ، و « يقع الطلاق وتنحل اليمين ... عند الشرط » ليست في ا .

(٤) « صريح » ليست في ا و ب و ح .

(٥) في ح : « ولأن انقضت العدة » .

(٦) في ب : « جزاء » .

(٧) « الثاني » من ا و ب و ح .

(٨) « يقع » من ا و ب و ح .

(٩) في ب : « أو » .

وعند محمد: يقع، بقدر ما بقى من الطلاق المملوك بالانسكاح الاول. ولقب
المسألة أن إصابة الزوج الثانى هل تهدم الطلقة و^(١) الطلقتين أم لا ؟
والمسألة معروفة .

فصل آخر

إذا قال لامرأته « أنت على حرام » أو قال : « حرمتك على نفسى »
أو « أنت محرمة على »: يرجع الى نيته :
<ف> إن أراد به الطلاق: يقع باثنا ، على ما ذكرنا .
وإن نوى التحريم ولم ينو الطلاق، أو^(٢) لم يكن له نية: فهو يمين، ويصير موليا.
وإن قال: أردت به الكذب: فليس يمين^(٣)، فيما بينه وبين الله تعالى،
ويصدق فيه^(٤) ذلك ، لأن الخبر محتمل ، ولكن لا يصدق فى إبطال
اليمين^(٥) ، فى القضاء ، لأن هذا اللفظ صريح ، فى اليمين ، شرعا .
ولو نوى بالحرام^(٦) الظهار : فهو ظهار عند أبى حنيفة وأبى يوسف .
وعند محمد : هو إيلاء ، وليس بظهار .

وأما إذا قال ذلك فى غير المرأة، من الطعام والشراب وكلام فلان:
فإنه يكون يمينا عندنا ، خلافا للشافعى - ولقب المسألة أن تحريم الحلال

(١) فى ب : « أو » .

(٢) فى ح : « و » .

(٣) فى ا و ب و ح : « فليس بتمنى » .

(٤) فى ح : « على » .

(٥) « اليمين » ليست فى ح .

(٦) فى ح : « بالتحريم » .

يمين أم لا؟ فإذا فعل شيئاً مما حرمه، قليلاً كان أو كثيراً، يحنث في يمينه.

فأما إذ قال « كل حل على حوام » أو قال « حل ^(١) الله على حرام » ولا نية له : فإنه يقع على الطعام والشراب خاصة ، لأن هذا لا يمكن العمل بعمومه ، لأنه لا يراد به في العرف التنفس ^(٢) وفتح العيينين والتحرك ، فيقع على الحلال المعتاد، وهو الأكل والشرب . فإن نوى مع ذلك اللباس أو امرأته، يقع على الأكل والشرب واللباس والمرأة ^(٣)، فأى شيء فعل من ذلك وحده: يحنث في يمينه . ويلزمه الكفارة ، لأن الطعام والشراب دخلاً بحكم العادة، واللباس ^(٤) والمرأة بنيته، واللفظ صالح له، فيصح . فإن نوى بقوله « كل حل ^(٥) على حرام » شيئاً بعينه، دون غيره : فإن ^(٦) نوى به الطعام خاصة ، أو الشراب خاصة، أو اللباس ^(٧) خاصة، أو امرأته خاصة ^(٨)، فهو على ما نوى، فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي القضاء ^(٩)، لأن هذا يقع على أخص ^(١٠) الخصوص، لتعذر العمل بعمومه، فإذا عين ذلك :

(١) في ح : « حلال » .

(٢) في ح : « النفس » . وفي ا : « والتنفس » . وفي ب : « لا يراد به العموم في العرف وهو التنفس » .

(٣) في ح : « فإن نوى مع ذلك الناس والمرأة : فيقع على الأكل والشرب والناس والمرأة » .

(٤) في ح كذا : « والناس » .

(٥) في ح : « حلال » .

(٦) « فإن » ليست في ا . وفي ح : « غيره مثل أن » .

(٧) في ح كذا : « الناس » .

(٨) « أو اللباس خاصة أو امرأته خاصة » من ا و ب و ح .

(٩) « فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء » ليست في ا و ب، وفيهما بدلاً عنها : « في قوله

كل حل على حرام » ،

(١٠) « أخص » ليست في ح .

صح ، إذ التخصيص ترك العمل بالعموم ، وهذا متروك .

ثم في الموضع الذى يدخل امرأته والطعام والشراب فى قوله « كل حل على حرام » ونوى ^(١) الطلاق فى امرأته ، فإنه لا يحنث ، لأنه لا يمكن العمل بعمومه ^(٢) ، لأن هذا كلام واحد لا يتناول اليمين والطلاق جميعاً ^(٣) .

. . .

ولو قال « أنت على كالميتة والدم » أو « كلحم الخنزير » أو « كالخمر » :

« ف » إن ^(٤) أراد به الكذب : صدق ، لأنه ليس بصريح فى اليمين ، بخلاف قوله « أنت على حرام » .

وإن أراد به التحريم : فهو إيلاء .

وإن نوى الطلاق : فهو كقوله « أنت على حرام » ^(٥) ، لأنه شبهها بالمحرم ، فكأنه قال « أنت على حرام » - وبمثله لو قال « أنت على كمال فلان » ونوى به الطلاق : لا يصح ، لأن عين المال ليس بحرام .

(١) العبارة فى « ثم فى المواضع التى تدخل امرأته والطعام والشراب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء ولو نوى . . » وفى ب : « . . . والشراب فى قوله « كل حل على حرام » فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء ونوى . . » وفى ا : « . . . والشراب ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء ينوى الطلاق » ، وظاهر أنه زيدت فى هذه النسخ عبارة « يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء » .

(٢) « لأنه . . . بعمومه » من ب .

(٣) زاد هنا فى ب : « بأكل الطعام والشراب » .

(٤) « إن » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « لذا » .

(٥) « ولأن أراد به التحريم . . . أنت على حرام » ليست فى ح .

باب

الخلع

الخلع ^(١) طلاق عندنا .

وقال الشافعي : هو فسخ ، في أحد القولين .

ولهذا قلنا ^(٢) : إن من قال لامرأته « خالعتك » ، ولم يذكر العوض ، ونوى الطلاق : كان طلاقاً بائناً . ولو نوى الثلاث : صح ، لأنه من كنيات الطلاق ، إلا أنه في عرف الشرع ، عند الناس ^(٣) ، صار عبارة عن الطلاق بعوض ، فيصير حقيقة عرفية ، حتى ينصرف إليه مطلق ^(٤) الكلام ، حتى إن الرجل إذا قال لغيره « اخلع امرأتى » فخلعها ، بغير عوض : لا يصح ، ويكون موقوفاً على إجازة الزوج : فإن أجاز : يكون طلاقاً بائناً .

وقالوا : لو قال لامرأته « اخلعي نفسك » فقالت « خلعت نفسي بألف درهم » ، وقف على إجازة الزوج .

ولهذا قالوا ^(٥) : إن من قال لامرأته ^(٦) « خالعتك على ألف درهم » ^(٧) ،

(١) في ح : « نال رحمه الله : الخلع » .

(٢) في ا و ب و ح : « ولهذا قال أصحابنا » .

(٣) « عند الناس » من ا و ب و ح .

(٤) في ح : « بمطلق » .

(٥) « قالوا » من ا و ب و ح .

(٦) « لامرأته » من ا و ب و ح .

(٧) « درهم » من ب وا . وفي ح : « خالعتك على ألف » .

فقبلت ، وقال الزوج « لم أنو به الطلاق » : لم يصدق ، لأنه إنما يكون كناية عند خلوه عن المال ، فلا بد من النية ، فأما إذا كان على مال ، فلا حاجة إلى النية ^(١) .

ثم الخلع على المال يفتقر إلى الإيجاب والقبول ، حتى تقع به الفرقة ، ويستحق به ^(٢) الزوج الموضع عليها - إلا أنه ، في جانب الزوج ، في معنى اليمين ، وفي جانبها : في معنى المعاوضة - حتى إن الزوج إذا قال « خالعتك على ألف درهم » : لم ^(٣) يصح رجوعه عن ذلك ، ولم يبطل بقيامه عن المجلس ، قبل قبولها ، ولم يقف ^(٤) على حضرتها المجلس ^(٥) ، بل يجوز وإن كانت غائبة ، فإذا بلغها الخبر : فلها القبول ، في مجلسها .

ويجوز أن يعلق ذلك بشرط أو يوقت ^(٦) ، فيقول « إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم ^(٧) » و « إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم ^(٨) » ، والقبول إليها بعد مجيء الوقت ^(٩) ، وقدم زيد ، فإن قبلت ، قبل ذلك : لم يحز .

(١) في ب : « لم أنو به الطلاق : لا يصدق ، لأن ذكر الموضع دلالة الطلاق - حتى إذا قال خالعتك ولم يذكر المال ، فقال « لم أنو به الطلاق » ، يصدق ، لأنه كناية عن الطلاق عند خلوه من المال فلا بد من النية » . وفي ا و ح مثل ما في ب مع خلاف لفظي يسير .

(٢) « به » من ح .

(٣) « لم » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا » .

(٤) في ب : « ولم يتوقف » .

(٥) في ا و ب و ح : « حضورها في المجلس » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وقت » .

(٧) « درهم » من ا .

(٨) « درهم » من ح .

(٩) في ا و ب : « الغد » .

فأما إذا ابتدأت المرأة ، فقالت «خالمت» ^(١) نفسي منك بألف درهم ، فهو بمنزلة البيع في جانبها ، حتى يصح منها الرجوع عنه ^(٢) ، قبل قبول الزوج ، ويبطل بقيامها عن المجلس ، وبقيامه أيضا ، ولا يقف على غائب ، ولا يجوز تعليقه بشرط ، ولا بوقت ، كالبيع سواء .
وعلى هذا الأصل : قال أبو حنيفة : إذا خالعتها وشرطت لنفسها ^(٣) الخيار : جاز ، خلافا لها .

. . .

وإذا ثبت تفسير الخلع سرعا - فنقول :

لا يخلو : إما أن يخالعها على مثل العوض الذي أخذت ، أو أقل ، أو أكثر ، والنشوز والكراهة من قبل الزوج أو من قبل المرأة - فنقول : إن كان النشوز من جهة الزوج ، فلا يحل له أن يأخذ شيئا منها ، بل له أن يطلقها ، بلا عوض ، لقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا (الآية) » ^(٤) .
وإن كان النشوز من جهتها ، يجوز له ^(٥) أن يأخذ منها جميع

(١) في اوب و ح : خلمت .

(٢) في ح : « فيه » .

(٣) في اوب : « فشرطت لنفسها » . وفي ح : « وشرطت لنفسه » .

(٤) النساء : ٢٠-٢١ : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ، تأخذونه بهتانا ولمنا مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بهضكم للـ بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » .

(٥) « له » من اوب و ح .

ما استحققت^(١) عليه، بالعقد، ولا تحمل له^(٢) الزيادة، على ذلك، في ظاهر الرواية. وفي رواية: يحل له^(٣) أخذ الزيادة - وهذا في حق الديانة والتنزه^(٤)، فأما في الحكم: < ف > إذا تخالما^(٥) على الزيادة من المهر، فإنه يلزم وتؤمر بالأداء إليه.

ثم الخلع جائز بكل بدل يصلح مهرا، ويلزم المرأة أدائه إلى الزوج. وما ذكرنا، في المهر، أن الزوج فيه بالخيار: بين أن يعطى عينه أو قيمته، ففي الخلع: المرأة بالخيار^(٦)، كما في العبد الوسط ونحوه،

وكل مالا يجوز أن يكون مهرا، لحرمته^(٧)، كالخمر والخنزير والميتة والدم والحر^(٨): لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع. لكن إذا قبل الزوج ذلك في الخلع: تقع الفارقة بينهما، ولا^(٩) شيء على المرأة من الخلع^(١٠)، ولا يجب عليها أن ترد من مهرها شيئا، لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضا، في حق المسلمين، والزوج رضى بما لا قيمة له، والبضع، في حال الخروج عن ملكه، لا قيمة له، حتى تجب القيمة، فلا يرجع عليها بشيء^(١١)،

(١) في ا و ب: « ما استحقته » .

(٢) و(٣) « له » من ح .

(٤) في ح: « في حق الزيادة والكثرة » .

(٥) في ب: « خالما » .

(٦) « بين أن يعطى .. بالخيار » ليست في ح . وراجع فيما تقدم ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

(٧) « لحرمته » من ا و ب و ح .

(٨) « والحر » من ا و ب و راجع فيما تقدم ص ٢٠١ وما بعدها وخصوصا ص ٢٠٣ .

(٩) في ب: « فلا » .

(١٠) في ا و ح: « الجعل » .

(١١) في ح: « فلا يجب عليها شيء » .

بخلاف النكاح : فإن ثمة يجب مهر المثل ، لأن البضع متقوم في حال الدخول في ملك الزوج .

. . .

ثم الطلاق على المال ، والخلع ، في الأحكام - سواء ، إلا في فصل واحد ، وهو أن الخلع متى وقع على عوض ، لا قيمة له : لا يجب العوض ، ولا قيمة البضع ، ويكون^(١) الطلاق بائنا ، لأن الخلع من كنايات الطلاق . وأما الطلاق بعوض : لا قيمة له : إذا بطل العوض ، فالطلاق^(٢) يكون رجعياً ، لأن صريح الطلاق يكون رجعياً^(٣) . وإنما ثبتت اليقونة لأجل العوض ، فإذا بطل العوض^(٤) ، بقى مجرد صريح الطلاق ، فيكون رجعياً .

. . .

ولو خالها على حكمها ، أو حكمه ، أو حكم أجني - فنقول : إن الخلع على الحكم ، خلع^(٥) بتسمية فاسدة ، لما فيه من الجهالة الفاحشة ، والخطر ، فيجب الرجوع إلى مهرها المستحق بالعقد . ثم إن كان الخلع على حكم الزوج : فإن حكم بمقدار المهر أو أقل : أوجبت على التسليم إلى الزوج ، لأنه حكم بالمستحق ، أو حط بعبئه ،

(١) في : « لكون » . وفي ا : « ولا قيمة العوض يكون » .

(٢) في : « والطلاق » .

(٣) « لأن ... رجعياً » من ا و ب و ح .

(٤) « العوض » من ح .

(٥) « خلع » من ا و ب . وفي : « على الحكم جعل تسمية فاسدة » .

وهو يملك حط بعضه، لكونه حقا له . وإن حكم بأكثر من المهر : لم يلزمها الزيادة ، لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد ، فلا يصح إلا برضاها^(١) .

وأما إذا كان الحكم إليها : فإن حكمت بمهر المثل أو أكثر : جاز ، وأجبر الزوج على القبول ، لأنها قضت بالمستحق^(٢) ، أو زادت عليه ، وهي تملك^(٣) إيفاء الزيادة^(٤) . وإن حكمت بأقل من المهر : لم يجز ، إلا برضا الزوج ، لأنها حطت بعض ما عليها حقا للزوج ، وهي لا تملك حط حق^(٥) الغير .

فأما إذا كان الحكم إلى أجنبي : فإن حكم بمهر المثل : جاز . وإن حكم بزيادة أو نقصان : لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة ، ولا يجوز^(٦) النقصان إلا برضا الزوج ، لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق واحد منهما^(٧) .

(١) في ح : « فلا يستحق إلا برضا » .

(٢) في ب : « لأنها اقتضت على المستحق » .

(٣) في ب : « وهو يملك » .

(٤) في ح : « قضت بالمستحق وزادت هي يملك إيفاء الزيادة عليه أيضا » .

(٥) « حق » ليست في ب .

(٦) « لا يجوز » من أ .

(٧) زاد في أ وب : « والله تعالى أعلم » .

باب

الإيلاء

يحتاج^(١) في الباب إلى :

تفسير الإيلاء لغة وشرعا ،

وإلى بيان حكم البر في الإيلاء ،

وإلى بيان الفقه ، وحكم الخث .

أما الأول^(٢)

فالإيلاء في اللغة : اليمين .

وفي الشرع^(٣) عبارة عن اليمين على ترك الوطء في الزوجة^(٤) ، مدة

مخصوصة . بحيث لا يمكنه^(٥) الوطء إلا بحث يلزمه بسبب اليمين^(٦) .

وقد كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية^(٧) ، فجعله^(٨) الشرع طلاقا معلقا ،

بترك وطء الزوجة^(٩) ، مدة مخصوصة^(١٠) ، كان الزوج قال لامرأته الحرة :

(١) في الأصل : « قال : يحتاج » . وفي ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « أما الأول » من ا و ح . وفي ب : « أما الإيلاء »

(٣) زاد هنا في ا و ب و ح : « صار » .

(٤) في ب : « ترك الوطء من الزوج مدة ... الخ » .

(٥) الهاء من ا و ح . انظر الهامش التالي

(٦) « بحيث لا يمكنه الوطء ... اليمين » ليست في ب . انظر الهامش ١٠ .

(٧) في ح : « في الجاهليات » .

(٨) كذا في ح و ب . وفي الأصل و ا : « فجعلها » .

(٩) في ا و ب و ح : « الزوج » .

(١٠) زاد هنا في ب : « بحيث لا يمكنه الوطء إلا بحث يلزمه بسبب اليمين » ، راجع الهامش ٦ .

« إن لم ^(١) أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن » ولا مراته الائمة : « إن لم ^(٢) أقربك شهرين فأنت طالق بائن ^(٣) » .

وركن ^(٤) الایلاء شرعا - هو اللفظ الدال على ترك الوطء . في عرف الشرع ، مؤكدا ^(٥) باليمين ، وهو قوله « والله لا أقربك » أو « لا أطأك ، أو نفظة ^(٦) المباشمة والمناحكة والإيتان والإصابة ونحوها .

فإن كان < اللفظ > مستعملا في الوطء ، فلا يحتاج إلى النية ^(٧) . ولو أتى بلفظ محتمل ، يحتاج فيه إلى نية الزوج ^(٨) < ترك > الوطء بذلك . فأما المدة - فهي أربعة أشهر في حق الحرية ، وشهران في حق الائمة - عندنا . وعند الشافعي : المدة في حقهما سواء ، وهي ^(٩) زيادة على أربعة أشهر . والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر » ^(١٠) ، فلا ^(١١) تجوز الزيادة على المدة المنصوصة ^(١٢) .

وأما تفسير اليمين - < ف > هي ^(١٣) اليمين بالله ، وبصفاته ^(١٤) ، على ما ذكر

(١) و (٢) « لم » ليست في أ .

(٣) « بائن » ليست في ح . وسيأتي بعد قليل بيان المدة في حق الحرية والائمة .

(٤) في أ و ب و ح : « فركن » . (٥) في ح : « مؤكدا » .

(٦) في ح : « بلفظ » . (٧) « فإن كان ... النية » من ب .

(٨) زاد هنا في أ : « مؤكدا باليمين » . وفي ح : « مؤكدا باليمين » .

(٩) كذا في ح . وفي الأصل و أ و ب : « وهو » .

(١٠) البقرة : ٢٢٦ - ٢٢٧ : « للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله

غفور رحيم . ولن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » .

(١١) في أ و ب و ح : « ولا » .

(١٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « المنصوصة » .

(١٣) في أ و ب : « وهي » . (١٤) في أ و ب و ح : « وصفاته » .

فى كتاب الايمان، أو^(١) اليمين بالشرط والجزاء ، وذلك نوعان: ما يكون به موليا ، وما لا يكون به موليا .

أما الذى يكون به موليا: <ف> أن يقول: « إن^(٢) قربتك فعمدى حر، أو امرأتى طالق^(٣)، أو هى على^(٤) كظهر أمى، أو على صدقة، أو حج البيت، أو صيام سنة، ونحو ذلك - لأنه لا يتوصل إلى الوطء، فى هذه المدة، إلا بشئ^(٥) يلزمه، بحكم اليمين، كما يلزمه الكفارة بسبب اليمين بالله . ولو قال « إن قربتك فعلى أن أصلى ركعتين أو على أن أغزو، لم يكن موليا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، ويكون موليا عند محمد وزفر .

ولو قال الرجل لامرأته «أنا منك مولى»: فإن غنى به الخبر، كذبا، فليس بمولى، فيما بينه وبين الله، لأن لفظه لفظة^(٦) الخبر، ولا^(٧) يصدق فى القضاء، لأنه خلاف الظاهر، لأن هذا إيجاب فى الشرع . وإن غنى به الإيجاب: فهو مولى فى القضاء و^(٨) فيما بينه وبين الله، لأنه أوجب الإيلاء بهذا اللفظ .

ولو قال لامرأته «أنت على مثل امرأة فلان»، وقد كان فلان آلى من امرأته: فإن نوى به^(٩) الإيلاء: كان موليا، لأنه شبهها بهافى باب

(١) فى ب و ح: «و» .

(٢) «إن» ليست فى ح .

(٣) فى ا و ب و ح: «أو فلانة طالق» .

(٤) «على» من ب .

(٥) فى ا و ب و ح: «بمنى» .

(٦) فى ا و ب و ح: «لفظ» .

(٧) فى ب و ح: «فلا» .

(٨) «و» ليست فى ا و ب و ح .

(٩) «به» ليست فى ا و ب و ح .

اليمين، والتشبيه يقتضى المساواة فيما شبه به . وإن لم ينو اليمين ولا التحريم : لا يكون موليا ، لأنه قصد التشبيه من وجه .

وأما يانه حكم البر

﴿ ف ﴾ هو وقوع الطلاق البائن بسبب ^(١) ، إلا صرار ^(٢) على موجب هذا اليمين ، وهو الامتناع عن الوطء أربعة أشهر ، بحيث لا يتوصل إليه إلا بجنث يلزمه ، فيكون مؤكدا له في الامتناع ^(٣) ، خوفا ^(٤) عن لزوم الحنث . وفي الوطء حق المرأة ، فصار الزوج ظلما لمنع ^(٥) حقها المستحق ، فالشرع ^(٦) جعل الامتناع عن إيفاء سهمها المنع ^(٧) لها ، في هذه المدة ، سببا للينونة ، تخليصا ^(٨) لها من حبالته ، لتتوصل ^(٩) إلى حقها ، من جهة غيره ، وهذا معنى قوله تعالى : « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » ^(١٠) فسماه عزيمة الطلاق ^(١١) ، وهو فعل الزوج ، فيصير الزوج ، بالاصرار على موجب هذا اليمين ، معلقا طلاقا بائنا ، بترك الوطء أربعة أشهر بعد اليمين ،

(١) « البائن » ليست في ح ، وفيها : « الطلاق وبسبب » .

(٢) في ب : « الإقدام » .

(٣) في ح : « في حال الامتناع » .

(٤) « خوفا » ليست في ح .

(٥) في ا و ب و ح : « بمنع » .

(٦) في ح : « بالشرع » .

(٧) « لها » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تخليصا » .

(٩) في ب : « فتتوصل » . وفي ح : « وتصل » .

(١٠) البقرة : ٢٢٧ . وقد تقدمت في الهامش ١٠ ص ٣٠٦ .

(١١) في ا و ب و ح : « كالطلاق » .

أبدا ، كأنه قال «أنت طالق بائن عند مضي كل أربعة أشهر ، لا أقربك فيها» أو^(١) «إن لم أقربك كل أربعة أشهر ، ما بقى اليمين ، فأنت طالق بائن » .

إذا ثبت هذا ، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين ولم يفئها^(٢) :
تقع تطليقة بائنة - عندنا .

وعند الشافعي : يخير الزوج بين أن يطأها وبين أن يطلقها ، فإن لم يفعل :
يفرق القاضي بينهما .

فإذا وقعت تطليقة بائنة بمضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر^(٣)
أخرى ، وهي في العدة : لم يقع الطلاق ، لأنها^(٤) بائنة ، فلا تستحق^(٥)
الوطء على الزوج ، فلا يكون الامتناع عن الوطء في هذه الحالة ظلما ،
وبهذا الوصف صار الإصرار على موجب البر ، وهو ترك الوطء ، سببا للفرقة ،
فإن تزوجها بعد مضي الأربعة الأشهر ، ثم مضت أربعة أشهر منذ
تزوج ، ولم يقربها^(٦) : باتت بأخرى^(٧) .

(١) الهزة من ا و ب .

(٢) في ا و ب : « ولم يقربها » . وفي ب لا توجد : « ما بقى اليمين فأنت طالق بائن ... يفئها » .

(٣) « ثم مضت أربعة أشهر » ليست في ب .

(٤) « لأنها » ساقطة من ب .

(٥) في ا و ب و ج : « مبانة لا تستحق » .

(٦) « ولم يقربها » من ب .

(٧) كذا في ا و ب و ج . وفي الاصل : « أخرى » .

وكذلك إذا تزوجها^(١) ثالثة ، لأن بالتزويج عاد حقها في الوطء ،
و^(٢) اليمين باقية ، لأنها تحل بالحنث ، وهو الوطء . أما زوال^(٣) الملك
< ف > لا^(٤) يبطل اليمين ، فيكون ترك الفى ظلما ، فيكون سببا للفرقة ،
فإن تزوجها بعد وقوع ثلاث تطليقات ، فمضت أربعة أشهر لم يطأها ، لم
يقع عليها شيء ، عندنا ، خلافا للزفر^(٥) ، لأنه زال حل المحلّة فيبطل
اليمين^(٦) .

ولو آلى منها ثم أبانها ، فمضت أربعة أشهر لم يطأها^(٧) ، وهى في العدة ،
وقعت أخرى بالإيلاء ، لأن ابتداء الإيلاء قد انعقد موجبا للطلاق ،
لوجوده في الملك ، فإذا أبانها ، فالينونة تلحقها^(٨) بعقد سابق ، وإن كان
لا^(٩) يلحقها ابتداء ، عندنا ، خلافا للزفر : فإن من قال لامرأته « إن دخلت
الدار فأنت طالق بائن » ثم أبانها ، ثم دخلت الدار^(١٠) ، وهى في العدة ،
فإنه يقع بائنا^(١١) ، لما قلنا .

. . .

(١) « تزوجها » ليست فى ح .

(٢) فى ب و ح : « لكون » .

(٣) فى ب : « أما اذا زال » . وفى ا : « فإذا زال » .

(٤) « لا » ليست فى ا .

(٥) « لزفر » ليست فى ا .

(٦) فى ح : « زال حل محلة اليمين » .

(٧) « لم يطأها » من ا و ح .

(٨) « تلحقها » ليست فى ا .

(٩) « لا » ليست فى ح .

(١٠) « الدار » ليست فى ب .

(١١) فى ب و ح : « ثانيا » .

وأما تفسير الفى ، وعكس الخنت - فنقول :

الفى هو الوطء ، فى مدة الإيلاء ، مع القدرة - عندنا .
وعند الشافعى : الوطء ^(١) بعد المدة ^(٢) .

والصحيح قولنا ، لأن الله تعالى قال : « للذين يؤولون من نسائهم
تربص أربعة أشهر فإن فاءوا (الآية) » ^(٣) و ^(٤) فى قراءة عبد الله بن مسعود
« فإن فاءوا فيهن » ، وإنما سمي الوطء فئاً لأن الفى فى اللغة هو الرجوع :
يقال « فاء الظل » إذا رجع ، والمولى قصد بالإيلاء منع حقها فى الوطء ،
فيكون الوطء رجوعاً عما قصده ، فسمى فئاً .

ثم الفى على ضربين :

أحدهما هو الأصل ، وهو الفى بالوطء ، مع القدرة .

والآخر ، بدل عن الأول ^(٥) ، وهو الفى بالقول ، عند العجز
عن الوطء .

ففى حق القادر لا يكون فئاً ^(٦) إلا بالوطء ، لأنه هو الأصل ،

(١) « الوطء » من ا و ب و ح .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « القدرة » .

(٣) البقرة : ٢٢٦ وهى بنماها : « للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا
فإن الله غفور رحيم » . وقد تقدمت فى الما مش ١٠ من ٣٠٦

(٤) « و » من ب و ا

(٥) فى ح : « عن الأصل » .

(٦) زاد فى ب هنا : « فى الإيلاء » .

وفي الحقيقة هو الرجوع^(١)، لأن به يندفع الظلم^(٢)، ويصل الحق إلى المستحق، فما لم يوف حقها لا يسقط حكم الإيلاء^(٣)، وفي حق العاجز صار الفىء بالقول قائماً مقام الوطاء، وهو أن يقول المرأة «إني فئت إليك» أو «راجعتك» أو «أبطلت الإيلاء»، ويحسن إليها بالقول بدلاً عن الإحسان بالفعل^(٤)، فيكون رجوعاً، عما عزم عليه^(٥)، بالقول. ثم العجز نوعان:

أحدهما^(٦) - من طريق المشاهدة: كالمرض الذي لا يمكن معه الجماع^(٧)، من الجانبين^(٨)، أو تكون المرأة صغيرة، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء، أو تكون المرأة ناشزة محتجة^(٩) عنه في مكان لا يعرفه، أو تكون محبوسة لا يمكنه أن يدخل عليها^(١٠)، ويمنع عن ذلك، ونحو ذلك.

(١) في أ ب و ح: «لأنه هو الأصل وهو حقيقة الرجوع».

(٢) «الظلم» ساقطة من ح.

(٣) في ح: «فالم يرد حقها لا يثبت حكم حق الإيلاء».

(٤) في أ ب و ح: «ويحسن إليها بالقول عند العجز عن الإحسان بالفعل».

(٥) كذا في أ ب و ح. وفي الأصل: «إليه».

(٦) «أحدهما» من ب.

(٧) في أ ب و ح: «الذي لا يقدر معه على الجماع» ولكن «على» ليست في أ.

(٨) في ح: «من جانبا».

(٩) في ح: «غائبة».

(١٠) في ب و ا: «أو يكون محبوساً لا يمكنها أن تدخل عليه». وفي ح كذا: «ويكون

محبوسة لا يمكنها أن يدخل عليه».

- وأما العجز من طريق الحكم: < ف > مثل أن يكون محرماً أو صائماً في رمضان .

لكن العجز المعتبر ، في حق نقل الفيء من الوطء إلى القول ، هو العجز الحسى ، دون الحكمى - عندنا .

وعند زفر: هو معتبر أيضاً ، وقاس على الخلوة : أن ثم يعتبر المانع الحسى والحكمى جميعاً^(١) .

والكنا نقول: هو قادر على الوطء ، حقيقة ، فيصير ظالماً بمنع الحق ، وحق العباد لا يسقط لأجل حق الله في الجملة^(٢) .

فإذا أتى بالفيء ، من حيث القول ، سقط حكم الإيلاء ، إلى وقت القدرة . ثم من شرط صحة الفيء ، بالقول ، عند العجز عن الوطء ، حساً ومشاهدة ، شيئان :

أحدهما - أن يكون العجز مستداماً^(٣) ، من وقت الإيلاء إلى تمام المدة ، وهو^(٤) أربعة أشهر ، حتى إنه إذا قدر على الوطء قبل تمام المدة ، بطل الفيء بالقول ، وانتقل إلى الفيء بالجماع^(٥) ، حتى لو ترك الوطء إلى تمام المدة ، فإنها تبين . وأما إذا تمت^(٦) المدة ثم قدر ، فإن الفيء بالقول صحيح ،

(١) « جيماً » من ا و ب و ح .

(٢) « في الجملة » ليست في ح .

(٣) كذا في ا . وفي ح : « مستداماً » . وفي ب : « مستداماً » . وفي الأصل : « مستداماً » .

(٤) « وهو » من ب .

(٥) كذا في ح . وفي ا و ب : « وانتقل إلى الجماع » . وفي الأصل : « وانتقل الفيء إلى الجماع » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تم » .

في حق المدة الماضية ، وهذا لما ذكرنا أنه بدل ، والقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل تبطل حكمه ، وبعد حصول المقصود لا يبطل ، كالمصلي بالتيمم : إذا رأى الماء في وسط الصلاة تبطل صلاته ، ولو كان رأى بعد الفراغ لا تبطل الصلاة المؤداة - كذا هذا .

والشرط الثاني - أن يوجد الفىء ، بالقول ، في حال يحل له الوطء ، بأن كانت زوجة له .

فأما إذا أبانها ثم فاء إليها باللسان : فإنه لا يصح ، لأنه بدل ، فيصح في حال يصح الاصل .

ولهذا قالوا : إن من آلى^(١) ، وهو صحيح ، مقدار ما يمكن الجماع فيه ، ثم مرض : ففائه بالجماع ، لأنه هو الذى فرط فى إيفاء حقها ، فلا يعذر ، بخلاف المريض إذا آلى من امرأته .

ولو آلى^(٢) ، وهو مريض ، فلم يفىء ؛ بالقول ، حتى مضت المدة ، فبانت^(٣) ، ثم صح ، ثم تزوجها ، وهو مريض ، ففاء إليها بلسانه : فإنه يصح عند أبى يوسف ، وعند محمد : لا يصح . وما قاله أبو يوسف أصح ، لأن الإيلاء حصل ، وهو مريض ، وعاد حكمه ، وهو مريض ، وفى زمان الصحة بين المدتين^(٤) هى بائنة ، لا تستحق الوطء ، فلا يعود حكم الإيلاء .
وأما حكم الخنث في اليمين بالله تعالى :

< ف > هو^(٥) الكفارة . و^(٦) فى اليمين بالشرط والجزاء : يلزمه ما هو

(١) زاد هنا فى ب : « من امرأته » . (٢) « ولو آلى » ساقطة من ح

(٣) الفاء من او ب و ح . (٤) فى ب : « وهو مريض فى زمان الصحة بين المرضين » .

(٥) فى او ح : « هى » . وفى ب : « ففى » (٦) « و » ليست فى ب .

جزاؤه، من الطلاق والعتاق ونحوها .

. . .

هذا الذى ذكرنا فى حق المسلم . وأما الذمى إذا آلى من امرأته :

< ف > إن حلف بطلاق أو عتاق^(١) ، يكون مولياً ، بالاتفاق .

وإذا حلف بما هو قربة ، كالصدقة والصيام ، فليس بمول بالاتفاق .

فأما إذا حلف باسم من أسماء الله أو^(٢) بصفاته : فهو مول عند أبى

حنيفة . وعند أبى يوسف ومحمد^(٣) : لا يكون مولياً .

وإذا صح إيلاء الذمى : فهو فى أحكامه كالمسلم ، إلا أنه إذا وطئ فى

اليمين بالله لا يلزمه الكفارة ، لأنها عبادة ، وهو ليس من أهلها .

. . .

فأما إذا آلى أو ظاهر ، ثم رجع عن الإسلام ، ولحق بدار الحرب ،

ثم رجع مسلماً ، وتزوجها - فهو مول ، ومظاهر ، عند أبى حنيفة فى^(٤)

رواية محمد ، وقال أبو يوسف^(٥) : يسقط^(٦) الظهار والإيلاء - وهذا

يعرف^(٧) فى الخلافات . واختلفت رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة^(٨) .

(١) فى ح : « بالطلاق والعتاق » .

(٢) « أو » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « و » .

(٣) « ومحمد » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « وفى » .

(٥) فى ب : « وقال أبو يوسف ومحمد » . وفى الكسانى (٣ : ١٧٥ : ٢٠ - ٢١)

كما فى المتن .

(٦) فى ا و ب : « بطل عنه » . وفى ح : « لا يصح منها » .

(٧) فى ا و ب : « وهذه ترف » .

(٨) زاد فى ب و ا : « والله أعلم » .

باب

الظهار

يحتاج^(١) في هذا الباب إلى :

بيان ركن الظهار شرعا ،

وإلى بيان شرائطه ،

وإلى بيان حكمه ،

وإلى تفسير^(٢) الكفارة .

أما ركن الظهار شرعا - فنقول < :

أن يقول الرجل لزوجته « أنت على كظهر أمي » ، فيقع به الظهار ،
نوى أو لم ينو ، لأنه صريح في بابه .

وكذا إذا نوى به تحريم الطلاق ، أو تحريم اليمين : لا يصح^(٣) ، لما
قلنا إنه صريح في الظهار - فإذا نوى غيره : لا يصح . ولو قال أردت به الخبر
عن الماضي ، كاذبا ، لا يصدق في القضاء ، ويصدق فيما بينه وبين الله^(٤) .
وكذا إذا أضاف الظهار إلى جزء شائع ، أو جامع ، من امرأته .

(١) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » . وفي الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) في ح : « ولما بيان أحكامه . وإلى بيان تفسير » .

(٣) « لا يصح » من ب .

(٤) زاد هنا في ب : « وكذا إذا قال لها « أنا منك مظاهر » أو « ظاهرتك » كما إذا
قال في الطلاق « طلقك » أو « أنت مطلقة أو طالق » لأن قوله « أنت على كظهر أمي » : إن
كان خبرا صيغة لكنه جمل إنشاء وفي الشرع كقوله : « أنت طالق » .

ولو أضاف إلى جزء معين، غير جامع، ولا شائع^(١)، لا يجوز، كالطلاق.
ولو^(٢) شبه امرأته بعضو من أمه^(٣) غير الظهر: فإن كان لا يجوز النظر إليه: فهو ظاهر، نحو البطن^(٤) والفخذ والفرج.
ولو شبه امرأته بذوات المحارم غير الأم: إن كانت الحرمة على التأييد بنسب أو رضاع أو مصاهرة: فإنه يكون ظهرا^(٥).
ولو شبه امرأته بامرأة محرمة عليه، في الحال، وهي ممن تحل له في حالة أخرى، مثل أخت امرأته، ومثل امرأة لها زوج، أو مجوسية، أو مرتدة: لم يكن مظاهرا، لأن النص ورد في الأم، وهي محرمة على التأييد.

وأما شرائط صفة الظهر - < فنقول >:

< منها > أن يكون المظاهر، مسلما، عندنا.

وعند الشافعي: ليس بشرط.

والصحيح قولنا^(٦)، لأن حكمه هو الحرمة المؤقتة^(٧) بالكفارة، وهي عبادة، والكافر ليس من أهلها - وهي مسألة معروفة.

ومنها - أن تكون المرأة محلة، بالنكاح، لا بملك اليمين، حتى لو

(١) « ولا شائع » من ب .

(٢) في ا و ح: « أو »

(٣) « من أمه » من ا و ب و ح .

(٤) أضاف هنا في ح: « والظهر » أيضا

(٥) « ولو شبه امرأته بذوات المحارم ... ظهرا » من ب و ا . وهي في ح مع خلاف يسير

لذ فيها: « ولو شبه امرأته بذوات المحارم: إن كانت محرمة على التأييد ... »

(٦) « والصحيح قولنا » من ب . (٧) في ح كذا: « المولية » .

ظاهر من أمته أو^(١) مدبرته أو^(٢) أم ولده: لا يصح، لأنه حكم^(٣) ثبت، بخلاف القياس، بالنص، وقد ورد في حق الزوجة، بقوله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم (الآية)»،^(٤) فلا يقاس عليها غيرها^(٥) ولو ظاهر من^(٦) المختلعة والمبانة، لا يصح، وإن كان يلحقها صريح الطلاق، لأنها ليست بمحللة بالنكاح. وإن بقي النكاح من وجه.

وأما حكمه

فهو تحريم الاستمتاع بها، من الوطء، ودواعيه، موقتا، إلى وجود التكفير، مع بقاء ملك النكاح^(٧)، لما روى عن النبي عليه السلام أنه قال للمظاهر الذي واقع امرأته: «استغفر الله»، ولا تعد حتى^(٨) تكفر، ويجب على المرأة أن تمنع الزوج عن الاستمتاع بها، حتى يكفر. وللرأة أن تطالب الزوج بالوطء عند الحاكم. وعلى الحاكم أن يجبره،

(١) و (٢) الهمة من ا و ب و ح . (٣) في ح : «لأن حكمه» .
 (٤) المجادلة: ٣ . وفيما يلي الآيات ٢ و ٣ و ٤ من المجادلة: «الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم لأن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير ربة من قبل أن يتأسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله، وتلك حدود الله وللكافرن عذاب أليم» .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل: «عليه غيره» .

(٦) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : «في» .

(٧) «مع بقاء ملك النكاح» ليست في ب . وفي ا : «مع بقاء النكاح» .

(٨) «حتى» ليست في ح .

حتى يكفر، ويطأ، لأنه أضر بها في الامتناع عن الوطء، مع قيام الملك، وفي وسعه ازالته بالتكفير.

ثم هذه الحرمة لا تزول بسبب من أسباب الإباحة، ما لم توجد الكفارة، لا بالنكاح، ولا بملك اليمين، ولا بإصابة الزوج الثاني - حتى إن المظاهر^(١) إذا طلقها طلاقاً بائناً، وانقضت عدتها، ثم تزوجها، لا يحل له وطؤها ما لم يكفر^(٢).

وكذلك لو كانت الزوجة أمة الغير، فظاهر منها، ثم اشتراها حتى بطل النكاح: لم يحل له أن يطأها بملك اليمين، حتى يكفر.

وكذلك لو كانت حرة، فارتدت عن الإسلام، ولحقت بدار الحرب، فسيت، واشتراها.

وكذلك لو طلقها ثلاثاً، وتزوجت زوج آخر، ثم عادت إليه بالنكاح: لا تحل له، حتى يكفر، وإن صح النكاح.

ولو كفر بعد ما أبانها أو طلقها ثلاثاً: صح التكفير - حتى لو تزوجها حل له وطؤها، لأن صحة التكفير لا تعتمد قيام الملك.

وإن كان الظهار موقتاً إلى وقت، بأن قال: «أنت^(٣) على كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة»، ثم مضى الوقت: سقط الظهار عندنا، خلافاً

(١) في ح: «الزوج الثاني لأن المظاهر».

(٢) في أ و ب و ح: «وطؤها حتى يكفر».

(٣) «أنت» من أ و ب و ح.

للشافعي^(١)، لأن الشرع جعل التكفير مزيلا للظهار المؤبد أو المطلق، حتى تنتهى الحرمة، والموقت ينتهى بمضى الوقت .

ولو قال «أنت على كأمرى» فإنه يرجع إلى نيته عند أبي حنيفة: إن أراد الإكرام: لا يكون ظهرا، وإن أراد الطلاق أو الظهار: فهو كما نوى^(٢)، وإن أراد التحريم: فهو إيلاء. وقال محمد: هو ظهار. وقال أبو يوسف: هو إيلاء،

ولو قال «أنت على حرام كأمرى»: حمل على نيته. فإن لم يكن له نية، كان ظهرا، لأن حرف التشبيه يختص بالظهار.

وأما بيان الكفارة - فنقول:

الكفارة لا تجب إلا عند وجود الظهار، والعود - قال الله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة، من قبل أن يتماسا»^(٣).

وفيه كلام: أن سبب الوجوب كلاهما أو أحدهما أو غيرهما.

والعود عندنا هو العزم على وطئها بعد الظهار.

وقال الشافعي: العود أن يسكت المظاهر عن طلاقها^(٤)، عقيب^(٥) الظهار.

(١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « له » .

(٢) في ح : « كما قال » .

(٣) المجادلة : ٤ ، وقد قدمنا نص هذه الآية في الهامش ٤ ص ٣١٨ ، واكتفى في الأصل

بقوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم » والباقي في أ و ب و ح .

(٤) في ب : « عن وطئها » .

(٥) في ح : « بعد » .

وقال أصحاب الظواهر : العود أن يكرر^(١) لفظ الظهار .

والصحيح قولنا ، لأنه بالظهار حرم وطأها على نفسه ، فتي عزم على وطئها ، فقد قصد الرجوع عن الأول ، والعود هو الرجوع ، فيسمى^(٢) عودا .

ثم الكفارة تجب على الترتيب : الإعتاق عند القدرة ، ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الإعتاق ، ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم .

عرف ذلك بالنص ، وهو قوله : «والذين يظاهرون من نسائهم (الآية)»^(٣) . وإنما يكفر قبل الوطء ، لقوله تعالى : «من قبل أن يتماسا» فإن وطئ قبل أن يكفر فقد باشر وطئا حراما ، فعليه أن يستغفر الله تعالى^(٤) ولا يطاق^(٥) حتى يكفر .

ولو أعتق بعض رقبة^(٦) عن كفارته ، ثم وطئ ، ثم أعتق ما بقي منها ، لم يجزه ، وعليه أن يستقبل إعتاق رقبة عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق <عنده> مما يتجزأ^(٧) ، فيكون معتقا بمضيه بعد الوطء وبمضيه قبل الوطء ، والله

(١) في ا و ح كذا : « يكون » .

(٢) في ا : « فسمى » . وفي ب و ح : « يسمى » .

(٣) المجادلة ٤ — هـ وقد تقدمتا في الهامش ٤ ص ٣١٨ .

(٤) « الله تعالى » من ب و ح .

(٥) في ب و ح : « ولا يطاق » .

(٦) في ح : « بعض عبد » .

(٧) في ا و ب و ح : « وعليه أن يستقبل عتق رقبة لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق

مما يتجزأ » .

تعالى أمر بإعتاق رقبة، كاملة، قبل المسيس. وعلى قولهما: صح، لأن عندهما
الائعتاق لا يتجزأ، فإعتاق البعض إعتاق^(١) الكل.

ولو جامع المظاهر، في خلال الصوم، جماعة^(٢) يفسد الصوم - فإنه^(٣)
يستقبل الصوم^(٤)، بالاجماع، لأن الواجب عليه^(٥) صيام شهرين متتابعين،
قبل المسيس، مع الامكان، ولم يوجد.

ولو جامع في الشهرين ليلاً^(٦)، أو نهراً ناسياً لصومه، استقبل عند
أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يمضي على صيامه - وهي مسألة
معروفة^(٧).

ولو جامع في خلال الاطعام: لم^(٨) يلزمه الاستقبال، بالاجماع،
لأن الله تعالى لم يذكر في الاطعام ترك المسيس، لكن يمنع^(٩) عن
الوطء قبل الفراغ من الاطعام، لجواز أن^(١٠) يقدر على الصوم أو العتق^(١١)،
فتبين أن الوطء كان حراماً.

(١) في ح: «كإعتاق».

(٢) «جاءا» من ب و ا.

(٣) «فإنه» من ب. وليست في ا و ح. وفي الأصل: «ويستقبل».

(٤) «الصوم» من ح.

(٥) «عليه» ليست في ح.

(٦) في ب: «ليلاً عامداً».

(٧) في ا و ب: «وهي مسألة الصوم»، وفي ح: «وفي مسألة الصوم».

(٨) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: «ولم».

(٩) في ت: «بممتنع».

(١٠) كذا في ب و ح. وفي الأصل و ا: «نحو أن».

(١١) «أو العتق» ليست في ح.

ولو كفّر بالاعْتاق : يعتق رقبة كاملة الذات والرق ، على ما نبين في كتاب الأيمان .

ولو كفّر بالاطعام : أطعم ستين مسكيناً^(١) : كل^(٢) مسكين نصف صاع^(٣) من بر أو دقيق^(٤) أو سَوِيْق^(٥) ، أو صاعاً من تمر أو^(٦) شعير ، كما ذكرنا في صدقة الفطر^(٧) ، وحكمه حكم ذلك^(٨) .

(١) « ستين مسكيناً » من ب ،

(٢) في ا و ب و ح : « لكل » .

(٣) « صاع » ساقطة من ح .

(٤) في ح : « دقيقه » .

(٥) في ا و ح : « سَوِيْقَه » . وفي المنجد : السَوِيْق الناعم من دقيق الحنطة والشعير .

(٦) « تمر أو » من ا و ب و ح .

(٧) راجع : الجزء الأول ، ص ٥١٦ — ٥١٨ .

(٨) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب اللعان

يحتاج^(١) في هذا الباب إلى :
بيان مشروعية اللعان وماهيته ،
وإلى بيان سبب وجوب اللعان ،
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وإلى بيان كيفية اللعان ،
وإلى بيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

اللعان مشروع بين الزوجين .
وهو شهادات مؤكدة بالأيمان ، عندنا .
وعند الشافعي : أيمان مؤكدة بالشهادة^(٢) .
ويكون قائما مقام حد^(٣) القذف في جانب الرجل ، وقائما مقام حد
الزنا في جانب المرأة - ولهذا قلنا : لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بشهادة
النساء مع الرجال ، ولا بكتاب القاضى إلى القاضى .
وكذلك إذا وطئت ، محصنة بالشبهة ، فقذفها زوجها ، لم يجب اللعان ،

(١) فى ٨ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) فى ب و ا : « بالشهادات » .

(٣) « حد » ليست فى ٨ .

كما لو قذفها أجنبي: لا يجب حد القذف - فسقط اللعان ، بالشبهة ، كالحد .
وأصل ذلك قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم (الآية) »^(١) .

وأما يباه سبب الوجوب - فنقول :

سبب وجوب اللعان بين الزوجين هو القذف الصحيح ، عند وجود شرائطه ، من الزوج . ونعني^(٢) بالقذف الصحيح ما يكون موجبا للحد في حق الأجنبي: بأن كان عاقلا ، بالغا ، والمرأة عاقلة^(٣) ، بالغة ، لأن القذف من الصغير والمجنون^(٤) ليس بموجب للحد ، لعدم الجناية .

وكذلك - قذف الصغيرة والمجنونة بالزنا: كذب^(٥) ، لأنه لا يتصور الزنا منها ، فلا يكون قذفا صحيحا .

وكذلك إحصان المقدوف شرط^(٦) .

وذلك نوعان :

أحدهما — أن يقول « يا زانية » أو « زينت بفلان » أو^(٧) « ولدك من

(١) النور : ٦ ونصها وما بعدها : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله لأنه لمن الصادقين (٧) والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين (٨) ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (٩) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

(٢) كذا في ب و ا . وفي ح والأصل : « يعني » .

(٣) في ب : « عاقلة محصنة بالغة » وسيأتي بعد قليل شرط الإحصان : انظر الهامش ٦ .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الصغير والمجنون » .

(٥) « بالزنا كذب » ليست في ا .

(٦) « وكذلك لإحصان ... شرط » من ب . وانظر فيها بعد ص ٣٢٧ و ٣٢٨ و ٣٢٩ .

(٧) الهمزة من ا و ب و ح . وفي الأصل : « و » .

الزنا ، فأنكرت المرأة ، وخاصته إلى الحاكم ، فمجز الزوج عن إقامة البينة على الزنا .

والثاني - أن ينفي ولدا أقر^(١) أن امرأته ولدته، أو شهدت امرأة على الولادة ، فقال « هذا ليس بابني »، وذلك قبل الإقرار بالولد ، وقبل مضي مدة تهنته الولد ، التي هي قائمة^(٢) مقام الإقرار - على ما يعرف في كتاب الدعوى .

ولو قال لامرأته وهي حامل : « هذا الحمل ليس مني » فهو ليس بقاذف^(٣) ، ولا لمان بينهما^(٤) عند أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف ومحمد : إن جاءت^(٥) بولد لأقل من ستة أشهر : لا عنها ، وإن جاءت به لاءكثر^(٦) : فلا لمان . واتفق أصحابنا أنه لا^(٧) ينفي نسب^(٨) الحمل قبل الولادة .

وأما^(٩) سرائط الوجود - فنقول >:

(١) كذا في اوت و ح . وفي الأصل : « رأى » .

(٢) في ح : « وقبل مضي الوقت : وقت تهمة الوالد التي هي قائمة ... »

(٣) في ب : « بقذف » .

(٤) « بينهما » من اوت و ح .

(٥) « إن جاءت » من اوت و ح . وهنا تأكل في الأصل .

(٦) كذا في اوت و ح . وفي الأصل : « وإن جاءت بأكثر » .

(٧) « أصحابنا أنه لا » من ب و ا . وهي في ح ما عدا « أصحابنا » فليست فيها .

وموضع العبارة في الأصل متأكل .

(٨) هكذا في ح . وفي الأصل : « سبب » . وفي اوت ب : « بسبب » .

(٩) في ح : « ومن » .

هو^(١) أن يكونا زوجين ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير محدودين في القذف ، والمرأة عفيفة^(٢) .

أما اعتبار^(٣) الزوجية - فلا أن الله تعالى خص اللعان بالازواج ، وجعله حدا للزوج ، قائما مقام حد القذف . ولهذا قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ، ثم قذفها - لا يجب اللعان .

ولو قذفها الزوج ، فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثا أو بائنا : فلا حد ، ولا لعان ، لأنه انقطعت الزوجية ، وحصل الفراق ، وحكم اللعان التفريق والتحريم ، فلا^(٤) يصح اللعان بدون حكمه .

ولو كان الطلاق رجعيا : يلاعن ، لقيام الزوجية .

وأما الحرية - فلا أن العبد والائمة ليستا من أهل الشهادة ، واللعان شهادات فيها معنى الأيمان .

وكذلك الحرية في جانبها من شرائط الإحصان وإحصان المقذوف شرط .

وأما اعتبار العقل والبلوغ - فلما قلنا : إنه لا يصح القذف بدون

العقل والبلوغ .

وأما اعتبار نفى حد القذف : < ف > لأن المحدود في القذف

لا شهادة له .

(١) كذا في - . وفي الأصل و اوب : « وهو » .

(٢) « والمرأة عفيفة » من ب . راجع الكاساني ٣ : ٢٤١ : ٧٠ وما بعده . وانظر فيما بعد

ص ٣٢٩ .

(٣) في اوب و - : « أما قيام » .

(٤) في - : « ولا » .

وأما اعتبار الاسلام : أما فى جانبها < ف > من باب الإحصان ، فإن المرأة الكافرة لا يجب بقذفها الحد ، وكذلك ^(١) اللعان .

وأما الزوج الكافر إذا قذف الزوجة المسلمة ، فلا لعان عليه ، لأنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين . وصورة المسألة فى الكافر : إذا أسلمت امرأته فلم يعرض ^(٢) عليه الا سلام ، حتى قذفها ، فيحد ، ولا يلاعن .

فما لم يوجد هذه الشرائط : لا يجب اللعان - لكن بعضها شرط وجوب اللعان ، وبعضها شرط تحقق القذف وصحته .

ثم متى سقط اللعان وبطل - هل يسقط ^(٣) الحد عن الرجل ؟ قال مشايخنا : إن بطل بمعنى ^(٤) من جهة الزوج ، يجب الحد ، ولا يجب اللعان ^(٥) - وهذا صحيح إذا ^(٦) كان القذف صحيحا ، كقذف العاقل البالغ ، فأ كذب نفسه : يجب الحد ولا يجب اللعان ^(٧) . فأما إذا لم يكن القذف صحيحا ، كقذف الصبي والمجنون ، فإنه لا يجب الحد ولا ^(٨) اللعان ، وإن سقط ^(٩) بمعنى من جهة الزوج .

(١) فى ا : « فكذا » . وفى ب : « فكذلك » . وفى ح : « وكذا » .

(٢) فى ب : « فلم تعرض » .

(٣) فى ب : « هل يبطل » .

(٤) فى ب : « لمعنى » .

(٥) فى ا و ح : « لم يجب على الزوج حد ولا لعان » . وكذا فى ب ما عدا : « على الزوج » .

وفى الكسانى مثل ما فى الاصل (٣ : ٢٤٤ : ٨ - ١٠) .

(٦) و (٧) كذا فى ا و ب و ح لأن الاصل متأكل فى هذا الموضع .

(٨) « لا » من ح . وفى الاصل و ا و ب : « الحد واللعان » .

(٩) فى ح : « فإن أسقط » .

وقالوا: إن بطل^(١) بمعنى من جهة المرأة: لم يجب على الزوج حد، ولا لعان، كما إذا صدقته، وكما^(٢) إذا كانت حرة عفيفة مسلمة إلا أنها محدودة في القذف: فلا حد ولا لعان^(٣)، لأن المعنى من جهتها، وهو أنها ليست من أهل الشهادة، مع كون القذف صحيحا.

فإذا كان المعنى من جهتها، والقذف ليس بصحيح: لا يجب الحد واللعان جميعا أيضا - حتى إذا كانت الزوجة كافرة، أو أمة، أو^(٤) صغيرة أو مجنونة أو زانية: فلا حد ولا لعان، لأن القذف ليس بصحيح، لأن المرأة ليست بمحصنة^(٥).

وإذا كان كل واحد من الزوجين محدودا في القذف: يجب الحد، ولا يجب اللعان، لأن القذف صحيح، والمانع من جهة الزوج، ولا عبرة بجانبها.

وعلى هذا تدور المسائل.

وأما تفسير اللعان

فإن كان القذف بصريح الزنا، فأنكرت المرأة، وخاصمته إلى القاضى، فأمره بإقامة البينة على صدق مقالته، فعجز عن إقامة البينة، فإنه يبتدىء

(١) «بمعنى من جهة الزوج». وقالوا: إن بطل «ساقطة من أ. فيها: «ولأن سقط بمعنى من جهة المرأة».

(٢) في أ و ب و ح: «وكذا».

(٣) في ب: «محدودة في قذف بغير التوبة يجب الحد ولا لعان ...».

(٤) «أو» ليست في ح. فيها: «أمة صغيرة».

(٥) «لأن المرأة ليست بمحصنة» من ب.

من جهة الزوج ، ويأمره باللعان - فيقوم الزوج ويقول « أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا » فيقول ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة « أن لعنة الله على ^(١) » إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، ويقبل بوجهه على المرأة في كل ذلك . ثم يأمرها باللعان ، فتقوم وتواجه زوجها ، وتقول « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا » أربع مرات ^(٢) ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله على ^(٣) » إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا . فإذا قالت ^(٤) ذلك تم اللعان بينهما .

وإن كان القذف بنفى الولد ، وكذبت المرأة ، وخاصمته إلى الحاكم ^(٥) : فإنه يأمر الحاكم الزوج باللعان ، وهو أن يقوم الرجل ^(٦) فيقول « أشهد بالله إني ^(٧) لمن الصادقين فيما رميتها به من نفى ولدها هذا » أربع مرات ، ويقول في الخامسة « إن لعنة الله على ^(٨) » إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من نفى ولدها هذا ^(٩) ، ثم يأمر المرأة أن تقول « أشهد بالله إنه

(١) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « عليه » .

(٢) « أربع مرات » ليست ب ا .

(٣) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « عليها » .

(٤) نفى و ا : « قالا » . وفي ح : « قال » .

(٥) في ا : « إلى القاضي » .

(٦) في ب : « الزوج » .

(٧) نفى ا و ح : « لني » .

(٨) في ب : « عليه » .

(٩) « هذا » من ب و ح .

(١٠) زاد في ب : « أربع مرات » .

من الكاذبين فيما رماني^(١) به من نفى ولدى هذا ، أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله على^(٢) إن كان من الصادقين فيما رماني^(٣) به^(٤) من نفى ولدى هذا .

والقيام ليس بشرط ، ولا يضره قال ذلك قائما أو قاعدا - كذا رواه^(٥) الحسن عن أبي حنيفة .

فإذا قال^(٦) ذلك تم اللعان بينهما .

وإذا تم اللعان بينهما^(٧) لا تقع الفرقة ما لم يفرق القاضي بينهما .
فينبغي أن يفرق القاضي بينهما في الفصل الأول .

وفي الفصل الثاني: يفرق بينهما، ويقضى بنفى الولد وقطع النسب من الأب ويلحقه^(٨) بالأُم، لأن التفريق وقطع النسب كلاهما حكم اللعان إذا كان اللعان بالقذف^(٩) بنفى^(١٠) الولد، فلا بد^(١١) من قضاء القاضي بقطع^(١٢) النسب .

(١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « رمى » .

(٢) في ب : « عليها » .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « رمى » .

(٤) « به » ليست في أ .

(٥) في أ : « رواية » .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « قال » .

(٧) « بينهما » من ب .

(٨) في أ و ب و ح : « ويلحق » .

(٩) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بالصدق » .

(١٠) في الأصل و أ و ب و ح : « ينفى » .

(١١) في ح : « ولا » .

(١٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « لتقطع » .

وأما حكم اللعان

فهو ثبوت حق التفريق . فإذا تم اللعان يفرق القاضى بينهما ، ولا تقع الفرقة بنفس اللعان - وهذا مذهب علمائنا .
وقال زفر : تقع الفرقة بلعائهما^(١) .

وقال الشافعى : بلعان الزوج .

ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم : قال أبو حنيفة ومحمد : هى تطليقة بآئنه ، فيزول ملك النكاح ، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج^(٢) إلى وقت الإكذاب وإقامة الحد^(٣) .

وقال أبو يوسف وزفر : هى فرقة بغير طلاق توجب^(٤) تحريمًا مؤبدًا . وأصله قوله عليه السلام : « المتلاعنان^(٥) لا يجتمعان أبدًا » . فأخذ أبو يوسف وزفر بظاهر الحديث ، وأبو حنيفة ومحمد أخذًا بمعناه وهو أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدًا ما دامتا متلاعنين ، فإن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل^(٦) بالفعل ، حقيقة أو^(٧) حكمًا ، فإذا زال اللعان حقيقة وحكمًا لا يبقى حكمه .

(١) فى ٢ : « بلدائهما » . وفى ٣ : « بنفس اللعان » .

(٢) فى ٢ : « ويزول ملك النكاح ... والتزويج » .

(٣) « الحد » ساقطة من ٢ .

(٤) فى ١ و ٢ : « يوجب » .

(٥) فى ٢ : « المتلاعنان » .

(٦) فى ٢ : « المتشاغل » . وفى ٢ : « فإن حقيقة المتلاعن المتفاعل وهو المتشاغل ... »

(٧) الهمزة من ١ و ٢ .

ثم إذا وقعت الفرقة بتفريق القاضى وثبت حرمة الاجتماع : فإذا أكذب^(١) الزوج نفسه ، وضرب^(٢) الحد^(٣) ، يباح له أن يتزوجها ، لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا فى القذف فلا يبقى اللعان^(٤) .

وكذلك إذا صدقته المرأة ، بعد الفرقة ، لأنها صارت معترفة ، وبطل القذف ، فبطل حكم اللعان^(٥) .
وكذا إذا حدث فى قذف .

فإن أخطأ القاضى فبدأ بالمرأة ، ثم بالرجل - فإنه ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة ، لأنها شهادة ، وإنما يبدأ بشهادة المدعى ، ثم بشهادة المدعى عليه ، بطريق الدفع ، فلماذا يبدأ بالرجل ، فإن أخطأ يجب الاستدراك بالعادة ، فإن لم يعد^(٦) جاز ، لأنه قضاء فى موضع الاجتهاد ، فإن عند بعضهم اللعان^(٧) أيمان ، وفى التحالف يجوز تقديم يمين أيهما كان .

(١) فى ح : « كذب » .

(٢) فى ا و ب : « فضرب » .

(٣) « الحد » ليست فى ا .

(٤) و (٥) فى ا : « ... يباح له أن يتزوجها ، لأنه بطل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد

الفرقة ، لأنها صارت معترفة ، وبطل القذف فبطل حكم اللعان » . وفى ب : « ... يباح له أن

يتزوجها لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد

الفرقة لأنها صارت معترفة فبطل حكم اللعان » . وفى ح : « ... يباح له أن يتزوجها لأنه بطل

اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة لأنها صارت معترفة وبطل القذف وخرج من أن يكون

من أهل اللعان بصيرورته محدودا فى قذف فلا يبقى اللعان » .

(٦) فى ح : « يحدها » .

(٧) فى ا : « بعضهم يجب اللعان » .

ولو أخطأ القاضى، وفرق قبل تمام اللعان : فإن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان : وقعت الفرقة . وإن لم يلتعنا أكثر اللعان ^(١) أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان ^(٢) : لم تقع الفرقة - لأنه قضاء ^(٣) بطريق الاجتهاد، فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد ^(٤) لأن اللائ أكثر حكم ^(٥) الكل ، فى كثير من الأحكام . وفى الفصل الثانى قضاء فى موضع لا يسوغ فيه الاجتهاد ، فلا ينفذ ^(٦) .

وإذا امتنع أحد الزوجين عن الالتعان ^(٧)، فإن القاضى يحبس حتى يلتعن . وعند الشافعى : لا يحبس ^(٨)، ولكن يحد حد القذف ^(٩) .

(١) و(٢) « اللعان » من ا و ب و ح .

(٣) فى ب و ح : « قفى » .

(٤) « فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد » ليست فى ح .

(٥) فى ح : « اللائ أكثر يحكم » .

(٦) « فلا ينفذ » من ا و ب و ح . وفى الاصل : « ولا ينفذ » .

(٧) فى ا و ح : « عن اللعان » .

(٨) « لا يحبس » ساقطة من ح .

(٩) زاد فى ا و ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

فرقة العنين

لاخلاف^(١) بين العلماء أن الجب^(٢) والعنة^(٣) عيب يثبت بهما الحيار للمرأة : فى التفريق ، والبقاء على النكاح .

واختلف أصحابنا فى عيوب آخر بالزوج ، تخل بالوطء ، مثل الجنون ، والجذام ، والبرص : قال أبو حنيفة : لا يثبت الحيار . وقال محمد والشافعى : يثبت .

وأجمع أصحابنا أن لا يفسخ النكاح بعيوب فى المرأة .

وقال الشافعى : يفسخ بعيوب خمسة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والرتق^(٤) ، والقرن^(٥) - وهى مسألة معروفة .

إذا ثبت هذا فنقول^(٦) :

(١) فى هـ : « قال رحمه الله : لاخلاف » .

(٢) فى المغرب : الجب القطع ، ومنه المجبوب الحصى الذى استؤصل ذكره وخصياه .

(٣) فى المغرب : العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء . ولم أعثر عليها إلا فى صحاح الجوهري . وفى البصائر لأبى حيان التوحيدي : قل فلان عنين أى بين العنين ، ولا تقتل بين العنة كما يقوله الفقهاء فإنه كلام مردول .

(٤) فى المغرب : امرأة رتقاء بينة الرتق إذا لم يكن لها خرق إلا المبال .

(٥) فى المغرب : القرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحم مؤتنة أو عظم - وامرأة قرناء : بها ذلك .

(٦) الفاء من ا و هـ .

إذا ادعت المرأة أن زوجها محبوب أو عنين ، ورفعت الأمر إلى القاضى ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : أنه هل وصل إليها أم لا ؟ فإن أنكر : ففى المحبوب يعرف بالمس^(١) من وراء الإزار . وإن أقر : ثبت^(٢) لها الخيار فى المحبوب . لأنه لا فائدة فى التأجيل .

وفى العنين : إذا أقر وصدقها فى ذلك - يؤجله القاضى سنة . وإن أنكر أنه عنين وقال « وصلت إليها » فإن القاضى يسأل المرأة : أهى بكر أو^(٣) ثيب - فإن قالت « ثيب » : فإنه يجعل القول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له ، لأن من خلا بالثيب فالظاهر أنه يطأها . وإن قالت « إنى بكر » : فنظر إليها النساء - والمرأة الواحدة كافية والام^(٤) كثر^(٥) أو ثق - فإن قان^(٥) « إنها بكر » : فالقول قولها ، لأن قيام البكارة يدل عليه ، و^(٦) قول النساء فيما لا يطلع عليه^(٧) الرجال مقبول .

وإذا ثبت أنه لم يصل إليها ، إما بإقراره أو بظهور البكارة ، فإن القاضى يؤجله حولاً ، وإنما يعتبر الأجل سنة^(٨) ، لأن الامتناع من الوطء قد يكون للمعجز وقد يكون^(٩) لبغضه إياها ، فإذا أجل فيقدم على الوطء

(١) فى : « بالمس » .

(٢) فى ا : « أثبت » .

(٣) فى ا و ب و ح : « أم » .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « والاثنتين » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « قال » .

(٦) الواو من ا و ح . وفى ب : « وهو » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « عليها » .

(٨) « وإنما يعتبر الأجل سنة » ليست فى ا و ب و ح .

(٩) « للمعجز وقد يكون » ليست فى ب .

دفعاً للمعار عن نفسه إن كان قادراً . وأول الأجل من حين الإقرار
و^(١) ظهور البكارة ، ولا يحاسب على الزوج ما قبل التأجيل .

والتأجيل إنما يكون بسنة^(٢) شمسية ، لأن الفصول تكمل فيها ،
فيحتمل أن يزول الداء في المدة التي بين الشمسية والقمرية .

فإذا حال^(٣) الحول فرفعت الأمر إلى القاضى وادعت أنه لم يصل
إليها ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : فإن قال قد وطئتها ، وهى ثيب ، فالقول
قوله . وإن كانت بكراً : نظر إليها النساء : فإن قلن إنها بكر : فالقول قولها ،
وإن قلن إنها ثيب : فالقول قول الزوج .

وإذا ثبت^(٤) عدم الوصول إليها ، إما باعترافه أو بظهور البكارة ، فإن
القاضى يخيرها ، لأن العيب قد استقر^(٥) : فإن اختارت المقام ، بطل
حقها ، ولم يكن لها خصومة أبداً ، فى هذا النكاح ، لأنها رضيت بالعيب .
وإن اختارت الفرقة ، يفرق القاضى بينهما ، وتكون تطلقه بائنة ، على مامر .
ولو وصل إليها مرة ، ثم عجز ، و^(٦) عرف ذلك بإقرارها ، فإن القاضى
لا يخيرها ، لأنه وصل حقها إليها ، لأنه يجب كمال المهر ، فلا^(٧) يعتبر ما زاد عليه .

(١) فى ح : « أو » .

(٢) فى ا و ب : « ويعتبر الأجل بسنة » . وفى ح : « ويعتبر الأجل سنة » .

(٣) فى ح : « جاء » .

(٤) « ثبت » من ا و ب و ح . وفى ا و ب : « فإذا ثبت » .

(٥) فى ا : « قد التزم » .

(٦) الواو من ب .

(٧) فى ا و ب و ح : « ولا » .

إذا ادعت المرأة أن زوجها محبوب أو عنين ، ورفعت الأمر إلى القاضي، فإنه يسأل الزوج عن ذلك: أنه هل وصل إليها أم لا ؟ فإن أنكر: ففى المحبوب يعرف بالمس^(١) من وراء الإزار . وإن أقر : ثبت^(٢) لها الخيار فى المحبوب . لأنه لا فائدة فى التأجيل .

وفى العنين : إذا أقر وصدقها فى ذلك - يؤجله القاضى سنة . وإن أنكر أنه عنين وقال « وصلت إليها » فإن القاضى يسأل المرأة : أهى بكر أو^(٣) ثيب - فإن قالت « ثيب » : فإنه يجعل القول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له ، لأن من خلا بالثيب فالظاهر أنه يطأها . وإن قالت « إنى بكر » : فنظر إليها النساء - والمرأة الواحدة كافية والام^(٤) كثر^(٥) أو ثق - فإن قان^(٥) « إنها بكر » : فالقول قولها ، لأن قيام البكارة يدل عليه ، و^(٦) قول النساء فيما لا يطلع عليه^(٧) الرجال مقبول .

وإذا ثبت أنه لم يصل إليها ، إما بإقراره أو بظهور البكارة ، فإن القاضى يؤجله حولاً ، وإنما يعتبر الأجل سنة^(٨) ، لأن الامتناع من الوطء قد يكون للمعجز وقد يكون^(٩) لبغضه إياها ، فإذا أجل فيقدم على الوطء

(١) فى - : « بالمس » .

(٢) فى ا : « أثبت » .

(٣) فى ا و ب و ح : « أم » .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « والأتين » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « قال » .

(٦) الواو من ا و ح . وفى ب : « وهو » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « عليها » .

(٨) « وإنما يعتبر الأجل سنة » ليست فى ا و ب و ح .

(٩) « للمعجز وقد يكون » ليست فى ب .

دفعاً للعار عن نفسه إن كان قادراً . وأول الأجل من حين الإقرار
(١) ظهور البكارة ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل التأجيل .

والتأجيل إنما يكون بسنة^(٢) شمسية ، لأن الفصول تكمل فيها ،
فيحتمل أن يزول الداء في المدة التي بين الشمسية والقمرية .

فإذا حال^(٣) الحول فرفعت الأمر إلى القاضي وادعت أنه لم يصل
إليها ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : فإن قال قد وطئتها ، وهي ثيب ، فالقول
قوله . وإن كانت بكراً : نظر إليها النساء : فإن قلن إنها بكر : فالقول قولها ،
وإن قلن إنها ثيب : فالقول قول الزوج .

وإذا ثبت^(٤) عدم الوصول إليها ، إما باعترافه أو بظهور البكارة ، فإن
القاضي يخيرها ، لأن العيب قد استقر^(٥) : فإن اختارت المقام ، بطل
حقها ، ولم يكن لها خصومة أبداً ، في هذا النكاح ، لأنها رضيت بالعيب .
وإن اختارت الفرقة ، يفرق القاضي بينهما ، وتكون تطلقه بائنة ، على ما مر .
ولو وصل إليها مرة ، ثم عجز ، و^(٦) عرف ذلك بإقرارها ، فإن القاضي
لا يخيرها ، لأنه وصل حقها إليها ، لأنه يجب كمال المهر ، فلا^(٧) يعتبر ما زاد عليه .

(١) في ح : « أو » .

(٢) في ا و ب : « ويعتبر الأجل بسنة » . وفي ح : « ويعتبر الأجل سنة » .

(٣) في ح : « جاء » .

(٤) « ثبت » من ا و ب و ح . وفي ا و ب : « فإذا ثبت » .

(٥) في ا : « قد التزم » .

(٦) الواو من ب .

(٧) في ا و ب و ح : « ولا » .

وإذا خیرها الحاکم^(١) فوجد منها ما يدل على الإعراض، يبطل لخيارها، كما في خيار^(٢) المَخِيْرَة^(٣).

وقال أصحابنا: إن العنين إذا أجل سنة، فشهر رمضان وأيام الحيض محسوبة من الأجل، لأن التأجيل^(٤) سنة - عرفنا ذلك بإجماع الصحابة من غير استثناء هذه الأيام، مع علمهم بذلك.

فأما إذا مرضا في المدة، مرضا لا يمكن الجماع معه: فإن كان أقل من نصف شهر، احتسب عليه، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه. وكذلك الغيبة.

وروى عن محمد أنه قدر ذلك بالشهر، وفيه روايات^(٥) - وهذا أوثق^(٦)، لأن الشهر في حكم الأجل.

هذا إذا لم تكن المرأة رتقا، فإن كانت رتقا وكان زوجها عينا، فلا يؤجله القاضي، لأنه لا حق لها في الوطء، وإنما حقها في^(٧) - إلا أنها حقها في^(٨) الاستمتاع والمساس.

(١) في أ و ب و ح: «القاضي».

(٢) «خيار» من ب.

(٣) في الاصل: «كما في الخيرة المجنونة». وراجع فيها تقدم ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٤) كذا في أ و ب و ح. وفي الاصل: «تأجيل».

(٥) في ب: «وفيه ثلاث روايات».

(٦) في ح: «أرفق». وفي أ و ب: «أوفق».

(٧) الواو من ح.

(٨) «في» ليست في ح و ا.

ولو علمت المرأة بالعنة ، عند العقد ، ورضيت بالعقد : فإنه لا خيار لها ، كمن اشترى عبدا وهو عالم بعيبه .

فإن^(١) كان زوج الأئمة عنيئا: فالخيار في ذلك إلى المولى عند أبي يوسف .
وقال زفر: الخيار للأئمة .

وروى الحسن ، عن أبي حنيفة ، مثل قول أبي يوسف^(٢) .

(١) في ا و ب و ح : « وإن » .

(٢) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب الرضاع

قد ^(١) ذكرنا أن الرضاع سبب للتحريم ، بطريق التأييد ، فيحرم به ما يحرم بالنسب والصرية ، وإنما يخالف النسب في مسألتين :
إحدهما - أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أخت ابنه من النسب ^(٢) ،
ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، لأن أخت ابنه من النسب ^(٣)
بنت امرأته الموطوءة ، وبنت موطوءته حرام عليه ، وهذا لا يوجد ^(٤)
في الرضاع ^(٥) .

والثانية - أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أم أخته من النسب ، ويجوز
أن يتزوج أم أخته من الرضاع ، لأن أم أخته من النسب موطوءة أبيه ،
وحليلة الائب حرام على الابن ، وهذا لا يوجد ^(٦) في الرضاع .
وتعرف ذلك بالتأمل .

وجملة ذلك - أن ^(٧) الرضاع يتعلق به التحريم في جانب المرضعة ^(٨) ،

(١) في ح : « قال رحمه الله : قد » .

(٢) في ب : « من النسب لا أمه » .

(٣) « من النسب » ليست في ا و ب .

(٤) في ب : « وهذا لا يحرم » .

(٥) « لأن أخت ابنه ... في الرضاع » ليست في ح .

(٦) في ب : « وهذا لا يحرم » .

(٧) في الأصل وغيره « جملة ذلك وهو أن » .

(٨) في ا و ب : « المرضع » - انظر الهامش بعد التالي .

عن أبي حنيفة وأبي يوسف^(١) أن الحالة أولى من الاخت لأب، وهو قول محمد وزفر.

ثم بعد^(٢) الأخوات، وأولادهن^(٣) من الإناث، الحالات على الترتيب: الحالة^(٤) لأب وأم، ثم الحالة^(٥) لأُم، ثم الحالة لأب^(٦).

ثم العمات على الترتيب: العمة لأب وأم، ثم العمة لأُم، ثم العمة لأب. فأما بنات العم والحال والعمة والحالة، فلا حق لهن في الحضانة، لأن لهن رحماً غير محرم.

ثم الأُم والجندات أحق بالغلام إلى أن يأكل وحده، ويشرب وحده،

(١) كذا في ح و ا . إلا أن في ا : «وهي رواية عن محمد... الخ» . أما في ت فكما يأتي مع وضع خط تحت مواضع الخلاف: «وهي رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي رواية محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف» . وفي الأصل : «وهي رواية محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وروى الحسن عن أبي يوسف في رواية عن أبي يوسف» . ولعل في الأصل نقصا يكمل على الوجه الآتي : «... وروى الحسن عن أبي يوسف <و> في رواية عن <أبي حنيفة و> أبي يوسف» . وقد اكتفى السرخسي بقوله في المبسوط (٥ : ٢١١) : «ثم بعد الاخت لأُم - قال في كتاب النكاح: الاخت لأب أولى من الحالة، وفي كتاب الطلاق قال : الحالة أولى من الاخت لأب» . وكذا الكاساني إذ قال (البدائع، ٤ : ٤١ : ٢١) : «واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لأب مع الحالة : أيتهما أولى ؟ روى عنه في كتاب النكاح أن الحالة أولى وهو قول محمد وزفر ، وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لأب أولى» . وكذا ابن المهام (الفتح، ٣ : ٣١٥) : «... وبعد الاخت لأب الحالة... وفي رواية كتاب الطلاق الحالة أولى من الاخت لأب... وفي رواية كتاب النكاح : الاخت لأب أولى من الحالة» .

(٢) «بعد» من ا و ب و ح . وفي الأصل : «تقدم» .

(٣) في ح : «ثم بعد الحالات أولادهن» .

(٤-٦) في ح : «الحالات» .

ويلبس وحده . و^(١) في رواية عن^(٢) محمد : و^(٣) يتوضأ وحده أو^(٤) يستنجى وحده^(٥) . فأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض .

والقياس أن يكون لمن حق الحضانة ، في الغلام ، إلى وقت البلوغ ، لحاجة الصغار إلى التربية ، في الجملة ، إلى وقت البلوغ - إلا أنا استحسنا في الغلام ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، والآب أقدر .

ثم عندنا^(٦) : ليس للصغير العاقل اختيار أحد الأبوين في الحضانة . وعند الشافعي : يخير الصبي^(٧) .

والصحيح قولنا ، لأنه لا يعرف إلا نظر منهما .

وأما من لا ولاد^(٨) لها من النساء ، فلا^(٩) حق لمن في الجارية والغلام ، بعد الاستغناء بأنفسهما ، فيما ذكرنا .

وينتقل الحق إلى العصبات من ذوى الرحم المحرم : إلا قرب فالأقرب ،

(١) « و » ليست في ب .

(٢) « عن » من ب و ا .

(٣) الواو من ا و ب و ح . وفي الاصل : « أنه » .

(٤) في ب : « و » . وفي الكاساني (٤ : ٤٢ : ٢٥) : « وذكر أبو داود بن رشيد

عن محمد : ويتوضأ وحده - يريد به الاستنجاء ، أي : ويستنجى وحده » . وداود بن رشيد الخوارزمي من أصحاب محمد بن الحسن - سكن بغداد . وله النوادر . وروي عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه والنسائي . ومات سنة ٢٣٠ هـ أو سنة ٢٣٩ هـ . (الفوائد ، ٧٢ . والجواهر ، ١ : ٢٣٧) .

(٥) « وحده » من ا و ب و ح . راجع الهامش السابق .

(٦) في ح كذا : « والآب أقدم عندنا » .

(٧) في ا : « الصغير » .

(٨) في ح : « أولاد » .

(٩) في ح : « ولا » .

على الترتيب ، إلا بنى الأعمام ، لأن الحاجة إلى الحفظ ، وخوف الصغير من العصبية أشد من خوفه^(١) من غير الأمهات من ذوات الرحم المحرم . فأما بنو الأعمام : فلا حق لهم في الحضانة ، لأن لهم رحماً غير محرم ، و^(٢) يحمل لهم نكاحها ، فلا يؤمن عليها .

ثم من كان من^(٣) عصباتها ، بمن^(٤) لا يؤمن عليها ، من ذوى الرحم المحرم ، لفسقه ومجائته ، لم يكن له فيها حق ، لأن في كفاله لها ضرراً عليها^(٥) .

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم ، فالأختار إلى القاضى : إن رآه أصلح : ضم^(٦) إليه ، وإلا فيضع^(٧) عند أمينه .

وهذا الذى ذكرنا من ثبوت حق الحضانة لذوات الرحم المحرم إذا لم يكن لهن أزواج^(٨) - فأما من لها زوج فلا حق لها في الحضانة^(٩) ، إلا إذا كان زوجها ذا^(١٠) رحم محرم من الصغير ، لأنه يلحقه الجفا والمذلة من

(١) « من خوفه » ليست في اوب و ح .

(٢) « و » من اوب و ح .

(٣) « من » من اوب . وفي الأصل و ح : « في » .

(٤) في ح : « من » .

(٥) في ح : « عليه » .

(٦) في ح : « ضمه » . وفي ب و ا : « يضم » .

(٧) في ح : « يضمها » .

(٨) في ح : « لها زوج » .

(٩) « في الحضانة » من ح .

(١٠) في ح : « أدنى » .

زوج الأم إذا كان أجنبيا، ويضعه القاضى حيث يشاء، بمنزلة من لا قرابة له.

. . .

وأم الولد والزوجة، فى الحضانة، على السواء، إذا اعتقت .

فأما الرقبة: فلا^(١) حق لها فى حضانة الولد الحر، لأنه ضرب من
الولاية، والرق ينافى الولايات^(٢).

. . .

وأهل الذمة فى هذا بمنزلة أهل الإسلام، لأن هذا أمر يبتنى
على الشفقة .

ولو كانت الأم كافرة والولد مسلم^(٣): ذكر فى «الأصل» أنها فى الحضانة
كالمسلمة. وكان أبو بكر الرازى^(٤) يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة
حتى يعقلا، فإذا عقلا، سقط حقها^(٥)، لأنها تعودهم أخلاق الكفرة .
ولا حق للمرتدة فى الولد، لأنها تحبس، وفى الحبس ضرر بالصبي.

. . .

وإذا ثبت أن حق الحضانة للأم، فإذا أرادت^(٦) أن تخرج بالولد إلى بلد آخر -
هل للأب حق المنع؟ فلا يخلو: إما أن تكون الأم زوجته أو مطلقة بائنة .
فإن كانت زوجته: فللزوجة حق المنع من الخروج، بنفسها وبولدها .

(١) الفاء من ب و ا .

(٢) فى ا و ب و ح : « الولاية » .

(٣) فى ح : « مسلما » .

(٤) راجع ترجمته فى الهامش ٥ ، ص ٢٠٦ من الجزء الاول .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « حقها » .

(٦) فى ح : « وأرادت » .

فأما إذا كانت مبتوتة : <ف> إما أن تخرج بولدها ^(١) إلى بلدها أو إلى بلد آخر ، وقد وقع النكاح فى ذلك البلد أم لا ، ويكون بعيدا أو قريبا يقدر الائب على مشاهدة الولد والعود إلى بيته قبل الليل .

أما إذا أرادت الخروج إلى بلدها وكان البلد بعيدا : <ف> إن وقع النكاح فيه : ليس للائب حق المنع ، لأنه لما عقد النكاح ثم ، فالظاهر أنه التزم المقام فيه . لأن الظاهر أن الزوج يقيم فى البلد الذى تزوج فيه ^(٢) ، إلا أنه يازمها اتباع الزوج ، إذا أعطى جميع المهر ، حيث شاء ، أو رضيت بذلك ، فإذا زالت الزوجية ، لم تجب المتابعة ، فيعود الأمر الأول ^(٣) .

فإن لم يقع عقد النكاح فى بلدها : فليس لها أن تنقل ولدها إلى ذلك البلد ، لأن فيه التفريق بين الائب وبين ولده الصغير ، وفيه ضرر بالائب ، ولم ^(٤) يلتزم ^(٥) الضرر حيث لم يتزوج ثم .

وإذا أرادت أن تنقل الولد إلى البلد الذى وقع فيه النكاح . وليس ذلك بلدها : فليس لها ^(٦) ذلك ، لأنه ليس بوطن لها ، فهى دار غربة

(١) الباء من اوب و ح .

(٢) كذا فى ب و ا . وفى الاصل و ح : « منه » .

(٣) فى ح : « إلى الاول » .

(٤) فى ح : « ولا » .

(٥) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « يلزم » .

(٦) فى ح : « له » .

لها^(١)، كما أن البلد الذى فيه الزوج دار غربة، فقساويا، وليس^(٢) لها أن تلحق الضرر^(٣) بالآب .

وأما إذا كان البلد قريبا، بحيث يقدر الآب أن يحجى^(٤)، إلى الولد ويراه و^(٥) يعود إلى منزله قبل الليل، فلها ذلك، ويكون ذلك بمنزلة أطراف المصر، لأنه ليس فيه كثير ضرر .

وأما أهل القرى—إن أرادت المبتوتة أن تنتقل بالصبي إلى قريتها من^(٦) قرية الآب : إن وقع النكاح فيها، فلها ذلك . وإن وقع النكاح فى غيرها، فليس لها أن تنقل الصبي إلى قريتها^(٧)، ولا إلى القرية التى وقع النكاح فيها إذا كانت بعيدة، كما فى البلدين . وإن كانت قريبة بحيث يمكن^(٨) الآب رؤية الصبي، والعود إلى منزله . قبل الليل : فلها ذلك، لأنه ليس فيه ضرر معتبر^(٩) .

وإن كان الآب متوطنا فى المصر، فأرادت^(١٠) نقل ولدها إلى قريتها،

(١) « لها » ليست فى ح .

(٢) فى ا و ب : « فليس » .

(٣) « الضرر » ليست فى ا .

(٤) فى الاصل : « إلى أن يحجى » . وفى ف و ا : « أن ينظر » .

(٥) فى ا و ب و ح : « ثم » . وليس فى ب : « ويراه » .

(٦) كذا فى ب و ا . وفى الاصل : « غير » .

(٧) « من قرية الآب ... إلى قريتها » ساقطة من ح .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « يملك » .

(٩) « لأنه ليس فيه ضرر معتبر » ليست فى ب . وانظر الهامش بعد التالى .

(١٠) التاء من ا و ح .

والنكاح وقع فيه ، فلها ذلك ^(١) ، لأن الأب التزم المقام في مكان النكاح ، إذا كان وطن الزوجة ^(٢) .

وإذا ^(٣) أرادت النقل إلى قرية قريبة من مصر ، <بحيث > يمكن النظر إلى ولده والعود قبل الليل : < ف > إن وقع النكاح فيها ^(٤) ، فلها ذلك ، لأنه رضى بغربة ^(٥) الولد ، وإن لم يقع النكاح ^(٦) فيه ، فليس لها ذلك ، لأن أخلاق أهل القرى لا تساوى أخلاق أهل مصر ، فيلحق الصبي بذلك ضرر ، وفيه ضرر بالوالد ^(٧) ، فلم يجوز ^(٨) ، إذا لم يلزمه ^(٩) الأب ^(١٠) .

وقد ذكر محمد ^(١١) هذه المسألة في الجامع الصغير مبهمة فقال : إنما أنظر في هذا إلى الموضع الذي وقع فيه عقد النكاح ^(١٢) - والصحيح ما ذكرنا من التفصيل .

. . .

(١) « وإن كان الأب ... فلها ذلك » ليست في ب . وانظر الهامش قبل السابق .

(٢) في ا و ح : « الزوج » .

(٣) « إذا » ليست في ح . وفيها : « وأرادت » . وفي ا و ب : « وإن » .

(٤) في ا و ب و ح : « أصل النكاح فيه » .

(٥) في ب و ح : « بغربة » .

(٦) في ا و ب : « أصل النكاح » . وفي ح : « أصلا النكاح » .

(٧) في ا و ب و ح : « أهل مصر فيخلق الصبي بذلك وفيه ضرر بالولد » .

(٨) في ب : « فلم يجوز » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لم يلزمه » .

(١٠) « الأب » ليست في ا .

(١١) « محمد » من ا و ب .

(١٢) محمد ، الجامع الصغير ، ٥٢ : « رجل تزوج امرأة من أهل الشام فقدم بها الكوفة ، وطلقها ، وقد ولدت منه - فلها أن تخرج بالولد إلى الشام . وإن كان تزوجها في غير الشام أو بالكوفة ، وهي من أهل الشام ، لم يكن لها أن تخرج بالولد من الكوفة » .

ثم الأم وإن كانت أحرق بالحضانة ، فإنه لا يجب عليها إرضاع الصبي ، لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد يختص بها الوالد ، إلا أن لا يوجد من يرضعه ^(١) ، فتجبر ^(٢) على إرضاعه .

وقال مالك : إن كانت شريفة لم تجبر ، وإن كانت دنية تجبر .

فإن كانت لا ترضع إلا بأجر : < ف > إن كان في حال قيام النكاح : < ف > ليس لها ذلك ، لأن الأجر لحفظ الصبي وغسله ^(٣) ، وذلك من باب نظافة البيت ، وهي منفعة تحصل لها < ب > ذلك ^(٤) ، فلا تستحق الأجر . ولو استأجر الأب ظمرا ^(٥) ، وأرادت الأم أن ترضع : فهي ^(٦) أولى ، لأنها أشفق عليه .

وإن كانت المرأة مبانة ، وهي في العدة : < ف > في إحدى الروايتين : لا يجوز لها أن تأخذ الأجر ، لأنها تستحق النفقة ، كالزوجة . وفي رواية : يجوز ، لأنها صارت أجنبية .

فأما إذا انقضت العدة : < ف > يجوز أن تأخذ الأجر ، لأنها ^(٧) بمنزلة الأجنبية ، وهي أولى من الأجنبية .

(١) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « من لا يرضعه » .

(٢) زاد هنا في ب : « الأم » .

(٣) « وغسله » ليست في ا .

(٤) « ذلك » ليست في اوب و ح .

(٥) زاد هنا في ح : « له » .

(٦) في اوب : « فالأم » .

(٧) « لأنها » من ح .

وتجب الأجرة على الزوج إذا رضيت بمثل ما تأخذ الأجنبية^(١) و^(٢).
وإن قال الأب^(٣) : أنا أجد من ترضعه بغير أجر أو بأقل من
ذلك الأجر - فليس لها أن تمنع الزوج من ذلك ، لأن في ذلك ضررا
بالأب ، ولكن ترضع الظئر في بيت الأم ، ما لم تتزوج ، لأن حق
الحضانة لها^(٤).

(١) « وتجب الأجرة على الزوج ... الأجنبية » ليست في ح .

(٢) زاد في ب : « وهي أولى من الأجنبية » .

(٣) « الأب » من ا و ب و ح .

(٤) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

(١)

الحضنة

الولاية^(٢) إلى العصباء في الجملة ، والحضانة إلى ذوات^(٣) الرحم المحرم ، لأن الحضانة تبني على الشفقة والرفق بالصغار ، وذلك من جانب النساء أوفر ، وهن بالتربية أعلم .

ويكون الأقرب فالأقرب أولى . ثم الأقرب ههنا^(٤) هي الأم . ثم الجدة أم الأم . ثم الجدة أم الأب . ثم الأخوات : فأولاهن^(٥) الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب . ثم بنات الأخت ، على هذا الترتيب . ثم بنات الأخ ، على هذا الترتيب - وهذا على الرواية^(٦) التي تقدم الأخت لأب على الحالة - وهي رواية محمد^(٧) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، ورواية الحسن عن أبي يوسف . وفي رواية

(١) « باب الحضنة » ليست في ب .

(٢) في الاصل : « قال رحمه الله : الولاية » . وفي ح : « قال : الولاية » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « ذوى » .

(٤) « ههنا » من ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ج . وفي الاصل : « فأولاهن » .

(٦) في ح : « وعلى هذا الرواية » .

(٧) « محمد » ليست في ب . وفي ا : « عن محمد » . انظر الهامش التالى .

وفي جانب الواطيء الذي ينزل اللبن من وطئه .

والتحريم ^(١) في جانب المرضعة ^(٢) مجمع عليه . وفي جانب الزوج ^(٣) مختلف فيه : فعندنا يثبت ، وعند الشافعي : لا يثبت .

ولقب المسألة أن لبن الفحل هل يحرم أم لا ؟ ويبان أن المرأة إذا أرضعت طفلا ، فإنها تحرم عليه ، و ^(٤) صارت أماله ، وصاحب اللبن صار أباه ، فإن كان المرضع أنثى ، تحرم على صاحب اللبن ، لكونها بنتا له ، وإن كان ذكرًا تحرم المرضعة عليه ، لكونه ابنا له .

وأولاد المرضعة ، من صاحب اللبن ، إخوة وأخوات المرضع لأب . وأم وأولاد المرضعة من غير صاحب اللبن إخوة وأخوات له لأم ^(٥) ، وأولاده ^(٦) من غير المرضعة إخوة وأخوات له لأب .

وكذلك الحكم في أولاد الإماء ولاد من الجانبين .

وأمهات المرضعة جداته من قبل الأم ، وأمهات صاحب اللبن جداته من قبل الأب ،

وإخوة المرضعة وأخواتها أخواله وخالاته ، وإخوة صاحب اللبن وأخواته أعمامه وعماته ، وبنات الأخوال والخالات والأعمام والعمات ^(٧)

(١) في أوب و هـ : « فالتحريم » .

(٢) و (٣) في أوب : « المرأة ... الرجل » .

(٤) « تحرم عليه و » ليست في أوب و هـ . فقبحا : « فإنها صارت أما للمرضع » .

(٥) « وأولاد المرضعة ... له لأم » من هـ . وهي في أوب مع خلاف لفظي يسير .

(٦) في أوب و هـ : « وأولاد صاحب اللبن » . وفي ب : « وأولاد صاحبة اللبن » .

(٧) « والعمات » ليست في هـ .

من الرضاع حلال ، كما في النسب .

ولا يجوز للرضع أن يتزوج بمن أرضعته المرضعة من الإناث ،
لاشبهن أخواته ، لكونهن بنات لهما من جهة الرضاع .

وأصل ذلك أن كل اثنين اجتماعاً على ثدي واحد فهما أخوان أو (١)
أختان ، أو أخ وأخت (٢) .

وعلى هذا لو كان لرجل امرأتان فحبلتا منه ، وأرضعت كل واحدة (٣)
منهما ، صغيراً أجنبياً ، فقد صاروا أخوين لأب (٤) ، فإن كانت إحداهما أنثى ،
لم يحز لها (٥) أن تتزوج بالآخر ، لاشبهه أخوها من أبيها ، وإن كانا اثنين (٦)
لم يحز لرجل واحد أن يجمع بينهما ، في النكاح ، لاشبههما أختان لأب .
وقد ذكرنا تفسير حرمة الرضاع بسبب الصهرية في كتاب النكاح
فلا نعيده (٧) .

ثم الرضاع المحرم ما كان في حال الصغر . فأما رضاع الكبير : < ف >
لا يتعلق به التحريم .

وأصله قوله عليه السلام : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » .

(١) الممزة من ب . في غيرها : « و » .

(٢) « أو أخ وأخت » من ب .

(٣) التاء من ا و ب و ح .

(٤) « لأب » ليست في ا .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لأحدهما » .

(٦) في ب : « وإن كانتا بنتين » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ١٨٤ - ١٨٥ .

واختلف أصحابنا في الحد الفاصل :

قال أبو حنيفة : يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهرا ، فما ارتضع بعد ذلك لم يتعلق به التحريم^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد : إلى الحولين - وهو قول الشافعي^(٢).

وقال زفر : إلى^(٣) ثلاث سنين - والمسألة معروفة .

ولو فطم الصبي ، في مدة الرضاع ، ثم أرضع ، بعد الفصال^(٤) ، في المدة - اختلفت الروايات فيه عن أصحابنا :

روى محمد عن أبي حنيفة أن ما كان من الرضاع إلى^(٥) ثلاثين شهرا ، قبل الفطام أو بعده : فهو رضاع محرم .

وروى الحسن^(٦) عن أبي حنيفة أنه قال : إذا فطم ، في السنتين ، حتى استغنى بالطعام^(٧) ثم ارتضع ، بعد ذلك ، في السنتين أو الثلاثين شهرا^(٨) : لم يكن ذلك رضاعا^(٩) ، لأنه لا رضاع بعد فطام تام . وإن هي فطمته ، فأكل أكل لا ضعيفا لا يستغنى به عن الرضاع^(١٠) ، ثم عاد فأرضع في

(١) في ا و ب : « حكم » . وفي ح : « لا يتعلق به حكم » .

(٢) « وهو قول الشافعي » ليست في ح .

(٣) « إلى » ليست في ح .

(٤) أي بعد الفطام (راجع القاموس) .

(٥) « إلى » ليست في ح . وفي ا و ب : « في » .

(٦) « الحسن » ليست في ح .

(٧) في ا : « بالطعام » .

(٨) « شهرا » من ا و ب و ح .

(٩) في ا و ح : « رضاعا محرما » .

(١٠) « لأنه لا رضاع ... عن الرضاع » ليست في ب .

الثلاثين^(١) : فهو رضاع يحرم ، كرضاع الصغير الذى لم يقطع .

وروى محمد وأصحاب الإِماماء عن أبى يوسف أنه إذا فطم قبل الحولين ، ثم ارتضع فى بقية الحولين : فهو رضاع محرم ، وهو مذهب محمد ، وكان لا يعتد بالقطام قبل^(٢) الحولين .

وروى الحسن عن أبى يوسف أنه إذا أرضع^(٣) ، بعد القطام ، فى الحولين^(٤) : لم يكن رضاعا .

ثم عندنا : قليل الرضاع وكثيره سواء ، فى حال الصغير ، فى التحريم .
وقال الشافعى : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم (الآية) »^(٥)

من غير فصل .

وكذا عندنا : تثبت حرمة الرضاع بلبن الميتة^(٦) .

(١) فى هـ : « ثم عاد فأرضع كما كان يرضع أولا فى الثلاثين » . وفى ا و ب : « ثم عاد يرضع كما رضع أولا فى الثلاثين » .

(٢) فى ا و ب و ح : « بعد » .

(٣) فى هـ : « ارتضع » .

(٤) فى ا : « فى حولين » .

(٥) سورة النساء : ٢٣ وهى كما يأتى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاغة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد ساف إن الله كان غفورا رحيمًا » .

(٦) التاء من ا و ب و ح .

وعند الشافعى : لا يقع به التحريم ، لكونه نجسا .

وإذا وصل اللبن إلى جوف الصبي ، لا من الثدي ، بأن أوجر^(١) أو أسعط^(٢) - تثبت الحرمة ، لأن الوَجُور^(٣) يصل إلى الجوف ، والسَّعُوط^(٤) يصل إلى الجوف أيضا .

ولو حقن الصبي باللبن : ذكر الكرخي وقال : لم يحرم ، ولم يحك خلافا . وروى عن محمد أنه يحرم ، كما يقع به الإِفطار . أما إذا أقطر في الأذن : لم يثبت التحريم ، لأنه لم^(٥) يعلم وصوله إلى الجوف .

وكذا إذا أقطر في إحليله ، لهذا المعنى . وكذلك لو أقطر في جائفة^(٦) أو آمة^(٧) ، لما ذكرنا .

ولو اختلط اللبن بغيره - فهذا على وجوه :

(١) في المصباح : الوَجُور : الدواء يصب في الحاق . وأوجرت المريض لإيجارا ، فلت به ذلك .
(٢) في المصباح : السَّعُوط : دواء يصب في الأنف . وأسعطته الدواء ، يتعدى إلى مفعولين . واستعط زبد .

(٣) في ا و ب : « بالوجور » . انظر الهامش قبل السابق .

(٤) في ا و ب و ح : « بالسعوط » . انظر الهامش قبل السابق .

(٥) في ب و ا : « لا » .

(٦) الجائفة هي الجراحة التي تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن (الشلي على الزيلعي ، ٦ : ١١٢) وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثالث عند الكلام على القصاص فيما دون النفس .
(٧) الآمة هي الشجة التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ (الزيلعي ، ٦ : ١٣٢) . وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثالث عند الكلام على الديات فيما دون النفس .

إن اختلط بالطعام ، ومستته النار ، حتى نضج وطبخ : لم يتعلق به الحرمة ، في قولهم جميعا^(١) ، لانه تغير ، بالطبخ مع غيره ، عن طبعه وصفته .

وإن اختلط به الطعام ، ولم تمسه النار^(٢) : فإن كان الطعام هو الغالب : لم يثبت به^(٣) التحريم ، لانه زال قوة اللبن وصار اللبن كالعدم .

وإن كان اللبن غالبا للطعام^(٤) ، وهو طعام ظاهر^(٥) يعتد^(٦) به : قال أبو حنيفة : لا يقع به التحريم . وقال أبو يوسف ومحمد : يحرم اعتبارا للغالب - فأبو حنيفة يقول إنه يضعف معنى اللبن ، ويحول قوته ، حتى يصير اللبن رقيقا ضعيفا يعرف بالمشاهدة .

وإن اختلط اللبن^(٧) بالدواء أو الدهن أو التبيذ : فإن كان اللبن غالبا : يحرم ، وإن كان الدواء غالبا : لا يحرم ، ويعتبر الغلبة ، بالاجماع ، لأن قوة اللبن باقية .

وإن اختلط اللبن^(٨) بالماء : فإن كان اللبن غالبا : يقع به التحريم . وإن

(١) « جميعا » من ا و ب و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بالنار » .

(٣) « به » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب : « على الطعام » .

(٥) كذا في ب و ح . وفي الأصل و ا : « طاهر » .

(٦) في ح : « يتعدا به » . وفي ب : « معتد به » . وفي ا : « معتد به » .

(٧) و (٨) « اللبن » من ا و ب و ح .

كان الماء غالبا: لا يقع به التحريم، اعتبارا للغالب ^(١).

وقال الشافعى: إذا أقطر من اللبن ^(٢) خمس رضعات، فى جب ماء ^(٣)، فشرّب منه الصبي ^(٤): ثبت ^(٥) الحرمة.

وإن اختلط اللبن بـ شاة: تعتبر الغلبة أيضا، لأن لبن الشاة لا يؤثر فى زوال قوة لبن الآدمية.

وأما إذا اختلط لبن امرأتين - فروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن الحكم للأغلب، فيثبت به التحريم، دون الآخر. وقال محمد وزفر: يثبت التحريم منهما ^(٦)، احتياطا فى باب الحرمة. وهما يقولان: إن المغلوب لا عبرة به فى الشرع.

ولو طلق امرأته طلاقا بائنا، ولها منه لبن: فما دامت فى العدة، أو بعد الزوج بغيره ^(٧) قبل ظهور الحمل، لو ^(٨) أرضعت صبيا، فإن التحريم يثبت من الزوج الأول، لأن اللبن له. فأما إذا حبلت من الزوج الثانى، فأرضعت صبيا: قال أبو حنيفة: التحريم للأول ^(٩) دون الثانى، حتى تضع،

(١) « لا يقع به ... للغالب » من اوب و ح .

(٢) فى اوب و ح : « من التدى » .

(٣) « ماء » ليست فى ب . وفى ا : « من ماء » .

(٤) فى ح : « الصغير » .

(٥) فى ب : « ثبت به » .

(٦) فى ف و ح : « بهما » .

(٧) « بغيره » من ب و ا . وفى ح كذا : « بعد الزوج وبغيره » .

(٨) فى ب : « أو » .

(٩) فى ب و ا : « من الأول » .

فإذا وضعت : يكون التحريم للثاني ، دون الأول .

وقال ^(١) أبو يوسف : إذا نزل لها الابن من الثاني ، فالتحريم للثاني ، وبطل الأول .

وروى الحسن عنه أنها إذا حبلت فالابن للثاني .

وقال محمد : إذا نزل لها ابن ، فالتحريم للزوجين ، فإذا وضعت ، فالتحريم للثاني لا غير ^(٢) - وهي مسألة المبسوط ^(٣) .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم الرضاع المقارن للنكاح ^(٤) - فأما الرضاع الطارىء على النكاح : فإنه يبطله ، لأنه يوجب حرمة مؤبدة - يئانه :

— إذا تزوج الرجل صغيرة ، فأرضعته أمه : حرمت عليه ، لأنها صارت أختا له بالرضاع .

— ولو تزوج رجل صغيرتين رضيعتين ، فجاءت امرأة وأرضعتهما معا ، أو واحدة بعد الأخرى ، صارتا أختين من الرضاعة ، وحرمتا عليه ، وبطل نكاحهما ^(٥) ، لأن الجمع بين الأختين يستوى فيه الابتداء والبقاء ، ويجب على الزوج لكل واحدة من الصغيرتين ^(٦) نصف المهر ، لأن الفرقه

(١) فى ب : « وروى » . وفى ح : « قال » .

(٢) « لا غير » ليست فى ب .

(٣) انظر الكاسانى ، ٤ : ١٠ : ١٥ وما بعده .

(٤) « للنكاح » من ا و ب و ح .

(٥) فى ا : « نكاحها » .

(٦) فى ا : « لكل واحد من الصغيرين » .

وقعت قبل الدخول بهما^(١) من غير فعلهما^(٢) .

ثم ينظر : فإن كانت المراجعة تعمدت الفساد : يرجع عليها^(٣) الزوج بما غرم من نصف المهر ، وإن كانت لم تتعمد : لم يرجع .

وقال الشافعى : يضمن مهر المثل فى الوجهين جميعا^(٤) .

والصحيح قولنا ، لأن فعلها سبب الحرمة ، لا اعتدائها^(٥) ، وإنما يكون السبب تعديا بقصد الفساد ، أما بدون قصد الفساد فليس^(٦) بتعد ، كحفر البئر على قارة الطريق ، وحفر البئر فى ملك نفسه .

وإذا ثبت أن الرضاع محرم ، فإنما يعرف بالإقرار^(٧) ، أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . أما لا يثبت بشهادة الرجل الواحد ، ولا بشهادة النساء وحدهن ، لأن هذا مما يطلع عليه الرجال ، فإن النظر إلى^(٨) ثدى المرأة جائز^(٩) فى الجملة^(١٠) .

(١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « بها » .

(٢) فى ا : « فعلها » .

(٣) « عليها » ليست فى ب .

(٤) « جيما » ليست فى ب و ا .

(٥) كذا فى ب و ح . وفى ا : « لاعتدائها » . وفى الاصل : « لا عليها » .

(٦) الفاء من ح .

(٧) فى ب : « بالإقرار من الزوج » .

(٨) « إلى » ساقطة من ح .

(٩) فى ب : « حلال » .

(١٠) زاد فى ب و ا : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

العدة

العدة^(١) أنواع ثلاثة : عدة الوفاة ، وعدة الطلاق ، وعدة الوطء .

أما عدة الوفاة :

< ف > في حق^(٢) الحرة أربعة أشهر وعشرا ، صغيرة كانت أو

كبيرة ، دخل بها زوجها أو لم يدخل ، حرا كان زوجها أو عبدا .

وهذه العدة لا تجب إلا في نكاح صحيح ، لقوله تعالى : «والذين

يتوفون منكم ويذرون أزواجا (الآية)»^(٣) من غير فصل ، ومطلق اسم

الزوج لا يقع على المتزوج نكاحا فاسدا^(٤) .

وأما في حق الزوجة الأمة : فشهران وخمسة أيام ، كان^(٥) زوجها

حرا أو عبدا ، لأن العدة تنصف بالرق وتتكامل بالحرية^(٦) ،

ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال ، بالاجتماع .

وإن كانت الزوجة حاملا : فانقضاء عدتها بوضع حملها ، إذا كان تاما ،

(١) في ح : « قال رحمه الله : العدة » .

(٢) في ح : « في الحرة » .

(٣) البقرة : ٢٣٤ : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير » .

(٤) في ب و ا : « ومطلق اسم الزوج يقع على المتزوج نكاحا صحيحا » .

(٥) في ا و ب و ح : « إن كان » .

(٦) « وتتكامل بالحرية » من ب . وفي ح : « وتتكامل بالحرية » . وفي ا : « وتتكامل

بالحرية » . وانظر فيها بعد ص ٣٦٧ .

أو سقطا مستبين الحاق ، كله^(١) أو بعضه ، قصرت المدة أو طالت .
وعند على رضى الله عنه : عدتها أبعد الأجلين .

والصحيح قول عامة العلماء ، لظاهر^(٢) قوله تعالى : « وأولات الأحمال
أجلهن أن يضمن حملن »^(٣) ، والنص مطلق ، وهو آخرهما نزولا ، على
ما روى عن ابن مسعود أنه قال : « من شاء بآهله^(٤) » أن سورة النساء
الْقُصْرَى^(٥) نزلت بعد التي فى سورة البقرة .

وأما عمدة الطارق :

فثلاثة^(٦) قروء فى حق ذوات الألقراء ، إذا كانت حرة^(٧) و^(٨) .

(١) « كله » ليست فى ح و ا . و « كله أو بعضه » ليست فى ب .

(٢) فى ب : « لقوا » .

(٣) سورة الطلاق : ٤ : « واللاتى ينسن من الحيض من نساءكن إن ارتبتم فعدتن
ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضمن حملن ومن يتق الله يجعل له من
أمره يسرا » .

(٤) أى لاعتته - من البهلة وهى الامة . وبآهل بعضهم بعضا وتبہلوا وتباهلوا : تلاعنوا
(القاموس) . وقد أورد فى المغرب العبارة عن ابن مسعود وقال : « وروى : لاعتته ، وذلك
أنهم كانوا إذا اختلفوا فى شيء ، اجتمعوا وقالوا : بهلة الله على الظالم منا » .

(٥) كذا فى ا . وفى المغرب وفى الأصل و ح : « القصوى » . وفى القاموس المحيط :
« وسورة النساء الْقُصْرَى سورة الطلاق » .

(٦) الفاء من ا و ب و ح .

(٧) فى كذا : « .. حرة ، وفى حق الآيسة والمعتد طهرها من جملة ذوات الألقراء فعدتها
بالأشهر ، وفى حق الآيسة .. »

(٨) الْقُسْرَ بالضم والفتح . ويجمع على أقراء وقُروء . من الاضداد : يقع على الحيض
وليه ذهب أبو حنيفة وأهل العراق ، وعلى الطهر وإليه ذهب الشافعى وأهل الحجاز . وهو فى
الأصل لاوقت ، وإنما قيل للحيض والطهر قربا لأنهما يجيئان فى الوقت - يقال : هبت الريح
لقرئها أى لوقتها (راجع المغرب) .

وفى حق الآيسة ، والصغيرة ، والتي لا تحيض بعد ثلاثين سنة :
ثلاثة أشهر^(١) إذا كان بعد الدخول بها^(٢) ، أو بعد الخلوة الصحيحة ،
فى النكاح الصحيح^(٣) ، لأنها توجب كمال المهر ، فتوجب كمال العدة ،
بطريق الأولى ، احتياطاً .

وأما الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد : < ف > لا توجب العدة^(٤) ،
ولا كمال المهر ، لأن التسليم لا يجب عليها ، فلا^(٥) تقام الخلوة مقامه .
وأما الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح : < ف > إن كان يمكنه^(٦)
الوطء مع المانع ، كالخض والايحرام ونحو ذلك ، يجب كمال العدة^(٧) ،
دون كمال المهر ، لأنها يتهمان فى العدة التى هى حق الشرع . وإن كان
لا يمكنه^(٨) الوطء مع المانع حساً ، كالمريض أو المريضة التى لا يقدر^(٩)
الوطء منها^(١٠) ، أو الصغير أو الصغيرة التى لا يتصور الجماع منها^(١١) ، فلا
عدة ، لأنها لا يتهمان ، ولم يوجد التسليم الذى < أوجب > العدة^(١٢) .

(١) « ثلاثة أشهر » ليست فى ا . وفى ح : « والتي لا تحيض تعند بثلاثة أشهر » .

(٢) « بها » من ا و ح .

(٣) « الصحيح » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « كمال العدة » .

(٥) فى ح : « ولا » .

(٦) فى ح : « يمكن » .

(٧) فى ا : « كمال المهر » .

(٨) فى ا و ب و ح : « لا يمكن » .

(٩) فى ا و ب و ح : « التى تعذر » .

(١٠) فى ب : « منها » . وفى ا : « منها » . (١١) فى ا : « منها » .

(١٢) فى الاصل : « أوجب العدة » . وفى ا و ب و ح : « الذى أوجبه العقد » .

وإن كانت الزوجة مملوكة، لاغير، فعدتها حيضتان إن^(١) كانت من ذوات الإقراء، وإن لم تحض فشهري ونصف .
ولا تجب عدة الطلاق قبل الدخول .
والحكم في الحلوة الصحيحة ما ذكرنا .
وأما أم الولد إذا أعتقت، أو مات سيدها - فعدتها ثلاث حيض، عندنا .
وعند الشافعي: بقرة واحد .

وأصله قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »^(٢) .
وقال الله تعالى : « واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن »^(٣) . وقال : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »^(٤) .

وأما في حق الحامل : فعدتها وضع الحمل ، لا^(٥) خلاف في المطلقة ، لظاهر قوله : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن »^(٦) . وقال عليه السلام : « طلاق الأمة ثنتان »^(٧) وعدتها حيضتان . وقال عمر رضي الله عنه : « طلاق الأمة

(١) في ح : « وإن » .

(٢) البقرة : ٢٢٨ .

(٣) الطلاق : ٤ - وقد قدمنا نصها في الهامش ٣ ص ٣٦١ .

(٤) الأحزاب : ٤٩ وبقي الآية : « فتموهن وسرحوهن سراحا جيلا » .

(٥) في ح : « بلا » .

(٦) الطلاق : ٤ - وقد قدمنا نص الآية كاملا في الهامش ٣ ص ٣٦١ .

(٧) في ب : « طلقتان » .

تطليقتان . وعدتها حيضتان ، ولو استطعت لجمعتهما حيضة ونصف ،^(١) .

وأما عدة الموطوءة :

وهي^(٢) التي وطئت بالنكاح الفاسد ، أو شبهة عقد ، أو شبهة ملك ، أو كانت أم ولد ، فأعتقها مولاهما ، أو مات عنها^(٣) : فثلاث حيض ، أو ثلاثة أشهر ، أو وضع الحمل ، لأنها ملحقمة بالمنكوحه شرعا^(٤) .

ولو طلق الرجل امرأته في مرضه الذي مات فيه ، ثلاثا ، أو طلاقا بائنا ، ثم مات قبل أن تنقضى عدتها ، فورثت : اعتدت بأربعة أشهر وعشرا ، فيها ثلاث حيض عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عدتها^(٥) ثلاث حيض .

وكذلك امرأة المرتد : يجب عليها العدة ، وترث^(٦) من المرتد ، على^(٧) هذا الخلاف ، في إحدى الروايتين .

وإن كان الطلاق رجعيا ، في صحة أو مرض ، فعدتها أربعة أشهر وعشرا ، وبطل عنها الحيض في قولهم^(٨) ، لأن الزوجية باقية .

(١) « وقال عليه السلام ... و نصف » من ا و ب و ح .

(٢) « وهي » من ا و ب و ح .

(٣) « أو كانت ... عنها » من ا و ب و ح .

(٤) « وأما عدة الموطوءة ... بالمنكوحه شرعا » وردت في ا و ب و ح بعد عدة سطور

تنتهى بقوله : « وذكر الكرخى ... فعدتها الشهر في قولهم » .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عليها » .

(٦) في ب : « عليها العدة إذا ورت من المرتد » .

(٧) في ا و ح : « فعلى » .

(٨) في ح : « في قولهم جيبا » .

وموت الزوج يوجب^(١) عدة الوفاة .

وإذا مات الصبي عن امرأته ، وهى حامل ، فعدتها أن تضع حملها ، عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشرا . والصحيح قولهما ، لظاهر قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن »^(٢) .

وذكر الكرخي^(٣) : فإن مات وهى غير حامل^(٤) ، ثم حملت بعد موته ، قبل انقضاء العدة : فعدتها الشهور ، فى قولهم^(٥) .

ثم فى حق من كانت عدته بالشهور ، كيف يعتبر الشهر ؟ بالأيام أو بالآهلة ؟ فنقول :

جملة هذا أن الوفاة أو الطلاق إذا اتفق فى غرة الشهر : اعتبرت الشهور بالآهلة ، وإن نقصت عن العدد - فى قول أصحابنا جميعا^(٦) .

فأما إذا حصل فى بعض الشهر : < ف > قال أبو حنيفة : يعتبر بالأيام ، فتعد فى الطلاق تسعين يوما ، وفى الوفاة مائة وثلاثين يوما .

وقال محمد : تعد^(٧) بقية الشهر بالأيام ، ثم تعد شهرين بالآهلة ،

(١) فى هـ : « موجب عليها » .

(٢) الطلاق : ٤ . راجع المامش ٣ ص ٣٦١ .

(٣) زاد هنا فى هـ : « وقال هـ » .

(٤) فى ا ب و هـ : « وهى حائل » .

(٥) فى هـ : « فى قولهم جميعا » .

(٦) « جميعا » من ا و هـ .

(٧) فى ا ب : « يعتبر » .

وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام .

وعن أبي يوسف روايتان : فى رواية مثل قول أبي حنيفة . وفى رواية مثل قول محمد - وهو قوله الأخير .

وأصله قوله عليه السلام : « الشهر هكذا وهكذا » ^(١) وأشار بأصابع يديه ثلاثاً ^(٢) وخَنَسَ ^(٣) إبهامه ^(٤) فى الثالث ، فكان الأصل هو الأهلة عند الأئمة مكان ، وعند التعذر يصار إلى الأيام .

ثم العدتان يتداخلان عندنا ^(٥) ، سواء كانتا من جنس واحد ، أو من جنسين مختلفين ^(٦) .

وقال الشافعى : لا يتداخلان ، بل يجب أن تمضى فى العدة الأولى ، فإذا انقضت استأنفت الأخرى .

وصورة المسألة أن المطلقة إذا مضى بعض عدتها ، وتزوجت فى عدتها ، فوطئها الزوج ، ثم تاركها ^(٧) ، فإنه يجب عليها عدة أخرى ويتداخلان ^(٨) . وكذا إذا كانتا من جنسين ، بأن كان المتوفى عنها زوجها : إذا وطئت بشبهة : تداخلت أيضاً .

• • •

(١) فى : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » .

(٢) « ثلاثاً » ليست فى .

(٣) خَنَسَ إبهامه قبضها (القاموس) وفى اوب و : « وحبس » .

(٤) كذا فى اوب و . وفى الأصل : « إبهامه » .

(٥) فى اوب و : « عند أصحابنا » .

(٦) « مختلفين » ليست فى اوب و .

(٧) فى اوب : « تاركا » . وفى : « تداركا » .

(٨) فى ب : « وتداخل » .

ويعتبر ما ترى من الحيض في الأشهر من عدة الوطء - وهي مسألة معروفة .
ثم العدة معتبرة بالنساء: تنصف برقها ، وتشكامل بحريتها ، بالأجماع ^(١) -
وإنما الخلاف في الطلاق .

ثم ما عرفت من الجواب في حق المسلمة ، فهو الجواب في حق الكتابية
إذا كانت تحت مسلم ، لأن العدة فيها حق الشرع وحق الزوج والولد ،
فإن لم تكن مخاطبة بحق ^(٢) الشرع ، فمخاطبة ^(٣) بإيفاء حق الزوج والولد .
وأما الذمية ^(٤) تحت ذمي - فلا عدة عليها في موت ولا فرقة ، عند أبي
حنيفة ، إذا كان في دينهم كذلك ^(٥) ، إلا أن تكون حاملا ، فلا يجوز نكاحها .
وقال أبو يوسف ^(٦) : عليها العدة ، لجريان أحكام الإسلام ^(٧)
عليها ^(٨) ، بسبب الذمة .

وأبو حنيفة يقول : إنها غير ^(٩) مخاطبة بحق ^(١٠) الشرع ، والزوج
لا يعتقد العدة حقا لنفسه ، فلم تجب لحقه .
أما إذا كانت حاملا : <ف> تمنع ^(١١) من التزويج ^(١٢) ، حقا للولد ، حتى

(١) راجع فيما تقدم ص ٣٦٠

(٢) في أوب : « لحي » .

(٣) « مخاطبة بحق الشرع فمخاطبة » ليست في ح .

(٤) زاد هنا في ب : « التي » .

(٥) في ب : « ذلك » .

(٦) في ح : « أبو يوسف ومحمد »

(٧) في ح : « أحكام الشرع » .

(٨) في أوب و ح : « عليها » .

(٩) « غير » ليست في ح .

(١٠) في أ : « لحي » .

(١٢) في أوب و ح : « التزويج » .

(١١) في ح : « لا تمنع » .

لا يختلط النسب ، فيضيع الولد ^(١) .

ثم ^(٢) في النكاح الفاسد : إذا وقعت الفرقة ، بعد الوطء ، بتفريق القاضى ، أو بمتاركتها - فإنه تعتبر المدة من وقت التفريق ، لا من وقت الوطء ، عندنا ، خلافا لرفر : فإنه يعتبر من آخر وطئة وطئها .

والصحيح قولنا ، لأن النكاح الفاسد موجود من وجه ، وهو ملحق بالثابت من كل وجه ، فى حق الأحكام ، فلا بد من التفريق حتى تجب المدة .

وإذا كان الزوج غائبا ، فطلق امرأته أو مات عنها ، والمرأة لا تعلم بذلك ، حتى مضت مدة المدة ، فإنه تنقضى ^(٣) المدة ، وتعتبر ^(٤) من وقت الطلاق . والعلم ليس بشرط لمضى المدة ، فإنها أجل وضع ^(٥) لبراءة الرحم ، وإنه يحصل بلا علم .

وأما الممتد طهرها ، فمدتها بالأقراء ، ولا تنقضى بالشهور ، ما لم تدخل فى حد ^(٦) الإياس ^(٧) ، لأنها من ذوات الأقراء فى الجملة ^(٨) .

(١) « الولد » ليست فى الواح .

(٢) « ثم » ليست فى الواح .

(٣) كذا فى ب و ا . وفى ح : « ينقضى » . وفى الأصل : « ينقض » .

(٤) فى الأصل و ا و ب و ح : « ويعتبر »

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ومضت » .

(٦) فى ب كذا : « فى حق » .

(٧) فى ح : « الآيس » . والإياس أن تباغ المرأة من السن ما لا يحيض فى مناسباتها (انظر

البرخى ، المبسوط ، ٥ : ٢٧) .

(٨) زاد فى ت و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

ما يجب على المعتدة

المعتدة^(١) إما إن كانت عن طلاق، أو عن وفاة.

فإن كانت عن طلاق - ينبغي لها^(٢) أن لا تخرج من بيتها، ليلاً ولا نهاراً، بل يجب عليها السكنى في البيت الذي تسكن فيه^(٣)، وأجر السكنى والنفقة على الزوج.

وأصله قوله تعالى: «ولا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن» إلا أن يأتين بفاحشة مبينة^(٤).

وأما المتوفى عنها زوجها - فلا بأس بأن تخرج بالنهار في حوائجها، ولا تبيت في غير منزلها، الذي تعتد فيه، لأن نفقتها عليها، فتحتاج إلى الخروج، لا لإصلاح أمرها.

وعن محمد: لا بأس بأن تبيت في غير بيتها، أقل من نصف الليل، لأن البيوت عبارة عن السكون^(٥) في المكان أكثر الليل في العرف.

(١) في أ: «قال رحمه الله: المعتدة».

(٢) «لها» ليست في ب و ا .

(٣) «في البيت الذي تسكن فيه» ليست في ا و ح .

(٤) الطلاق: ١: «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدنهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً» .

(٥) في ا و ح: «السكون» .

ثم منزلها الذي تؤمر بالسكنى ، والاعتداد ، فيه ، هو الموضع الذي كانت تسكنه ، قبل مفارقة الزوج ، وقبل موته ، سواء كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن ، لأن الله تعالى أضاف البيت إليها ، والبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه .

ولهذا قال أصحابنا : إنها ^(١) إذا زارت أهلها ، فطلقها زوجها ، كان عليها أن تعود إلى منزلها الذي كانت ^(٢) تسكن فيه ، فتعتد هنالك ^(٣) . فإن اضطرت إلى الخروج ، فلا بأس بذلك ، مثل أن تخاف سقوط البيت وانهدامه ، أو تخاف أن يغار على متاعها ، أو أن يكون بأجرة ولا تجد ما تؤديه في أجرته ^(٤) في عدة الوفاة ، فإن كانت تقدر على الأجرة ، فلا تنتقل . وإن كان المنزل لزوجها ، وقد مات عنها ^(٥) ، فلها أن تسكن في نصيبها إن كان نصيبها ^(٦) يكفيها في السكنى ، ولكن تستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها . فأما إذا كان نصيبها لا يكفيها ، أو خافت على متاعها منهم : فلها أن تنتقل ، ويكون ذلك عذراً ، والسكنى وجبت ^(٨) حقاً لله تعالى عليها ، فيسقط بالعذر ، كسائر العبادات .

(١) « والبيت المضاف ... أصحابنا : إنها » من اوب و ح .

(٢) « كانت » ليست في ب .

(٣) في ب : « فيه » .

(٤) كذا في ب و ا والكاساني (٣ : ٢٠٥ : ٢ من أسفل) . وفي الأصل :

« ما تؤديه أجرته » . وفي ح : « ما تؤديه من أجرته » .

(٥) « عنها » من اوب و ح .

(٦) « إن كان نصيبها » من اوب و ح .

(٧) في ب : « لا يكفيها في السكنى » .

(٨) التاء من ب و ا .

وكذلك **المُسافِرة** : حرام أيضاً للمطلقة^(١) ، سواء كان سفر حج . فرض^(٢) أو غيره . مع زوجها أو محرم^(٣) ، حتى تنقضى عدتها . لأن السفر خروج مديد ، إلا أن في المطلقة طلاقاً رجعيّاً : للزوج أن يسافر بها إذا راجعها . وقال زفر : لزوجها أن يسافر بها^(٤) ، وهذا بناء على أن المسافرة بها مراجعة عند زفر ، وعندنا ليس بمراجعة . فأما لاختلاف أن الخروج في حال^(٥) العدة حرام عليها .

ولو خرجت المرأة مع زوجها في سفر غير سفر الحج ، ثم طلقها في بعض الطريق : إن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام ، وبينها^(٦) وبين مقصدها ثلاثة أيام ، فإنها ترجع إلى منزلها ، لأنه^(٧) ليس فيها^(٨) إنشاء السفر ، وفي ذلك إنشاء السفر . وإن كان في كل جانب أقل من مدة السفر : كان لها الخيار ، لما ذكرنا .

وإن كان من كل جانب مدة السفر^(٩) ينظر : إن كانت هي في موضع يمكنها المقام فيه ، أقامت في ذلك الموضع ، واعتدت ، ولا تمضي

(١) في - : « على المطلقة » .

(٢) في - : « أو فرض » .

(٣) في ب و ا : « أو محرم غيره » . وفي - : « أو مع محرم غيره » .

(٤) زاد في - هنا : « إذا راجعها » .

(٥) في ب : « في خلال » .

(٦) « وبينها » من ا . وفي - : « بينها » .

(٧) في - : « دون » .

(٨) في - و ا : « فيه » .

(٩) في - : « في كل جانب مدة سفر » .

عند أبي حنيفة رضى الله عنه، وإن وجدت محرماً^(١).

وعلى قولها^(٢): إن لم يكن معها^(٣) محرماً، فكذلك. وإن كان معها محرماً، مضت على سفرها^(٤).

وإن كانت في موضع لا يصلح للإقامة، وتخاف على نفسها وما لها: فإن شئت مضت، وإن شئت رجعت، لاستواء الأمرين، لكن إذا بلغت إلى أدنى الموضع الذى يصلح للإقامة: فهو على هذا^(٥) الخلاف الذى ذكرنا.

فإن أحرمت للحج، وخرجت^(٦) إلى سفر الحج، مع محرماً لها، غير الزوج، ثم طلقها الزوج، أو مات، فبلغها الخبر، وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام: فإنها ترجع، وتصير بمنزلة المحصر^(٧)، فإن راجعها زوجها، بطلت^(٨) العدة، وتعود الزوجية، فجاز لها السفر.

وأما الحرداد^(٩): فيجب^(١٠) على كل معتدة، بالغة، عاقلة، مسلمة، حرة،

(١) «ولن وجدت محرماً» ليست فى ا و ح .

(٢) فى ح : «قولهم» .

(٣) «مها» ليست فى ح . وفى ب : «لها» . وفى ا : «بها» .

(٤) فى ا : «سفرهما» .

(٥) «هذا» من ب .

(٦) فى ا و ح : «فإن خرجت» .

(٧) راجع «الإحصار» ح ا ص ٦٣٢ .

(٨) فى ا و ب و ح : «تصل» .

(٩) قال فى المغرب : «حداد المرأة ترك زينتها وخضابها وهو بعد وفاة زوجها لانهما تمت

عن ذلك أو تمت نفسها عنه . وقد أحدث لأحداداً ، فهى محد . وحدت تحد بضم الحاء وكسر

حدادا . والحداد أيضاً ثياب المأتم السود » . وسيأتى تفسيره فى المتن بعد قليل .

(١٠) الفاء من ا و ح .

بانت من زوجها ، بواحدة أو ثلاث ، أو مات عنها زوجها^(١) .

فإن كانت معتدة عن وفاة : يجب الإحداد ، بالإجماع .

وإن كانت عن طلاق ، بأن أو ثلاث ، فكذلك ، عندنا . وعند الشافعي : لا يجب الإحداد .

وأجمعوا أنه لا يجب الإحداد^(٢) على المطلقة ، طلاقاً رجعيّاً .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسجد على ميت فوق^(٣) ثلاثة أيام ، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً^(٤) » . والمبانة نظير المتوفى عنها زوجها في التحسر على مافات ، في الغالب ، فيجب الإحداد عليها .

ثم تفسير الإحداد هو الاجتناب عن جميع ما يترين به النساء من الطيب ، ولبس الثوب المصبوغ ، والمطيب^(٥) بالمصنّف والزَّعفران^(٦) ، والاكتحال ، والادهان ، والامتشاط ، ولبس الحلي ، والحضاب ، ونحو ذلك ، إلا إذا لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ ، فلا^(٧) بأس بأن تلبسه ولا تقصد الزينة . وقال في الأصل : ولا تلبس قصباً ولا خزاً تتزين به ، لأن هذا

(١) « أو مات عنها زوجها » ليست في ا و ح .

(٢) « وأجمعوا أنه لا يجب الإحداد » ليست في ح .

(٣) في ا و ب و ح : « أكثر من » .

(٤) في ب : « وعشرة أيام » .

(٥) « والمطيب » من ب . وفي ا و ح : « المطيب » .

(٦) المَصْنُفُ صبغ أصفر اللون . والزَّعفران نبات أصفر الزهر له أصل كالبلبل ويصنع

به (القاموس والمنجد) .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولا » .

مما يلبس للحاجة ، فيعتبر فيه القصد ، فإن قصدت^(١) الزينة : يكره ، وإن لم تقصد : فلا بأس^(٢) .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم المعتدة ، البالغة ، العاقلة ، المسلمة ، الحرة ، فى النكاح الصحيح^(٣) .

فأما الصغيرة . والكتائية ، والائمة ، والمدبرة ، وأم الولد ، والمكاتبه^(٤) ، و^(٥) الموطوءة عن شبهة أو نكاح فاسد ، فليس عليهن السكتى ، ويباح لهن الخروج ، لأن السكتى حق الله تعالى ، والكافرة لا تخاطب به^(٦) .

فأما الرقيقة^(٧) : فلا^(٨) يلزمها المقام فى منزل زوجها ، لقيام حق المولى فى الخدمة ، إلا إذا بواها مولاه^(٩) منزلاً ، فحينئذ لا تخرج ، لأنه أسقط حق نفسه فى الخدمة^(١٠) . فإن أراد المولى أن يخرجها فله ذلك ،

(١) « قصدت » ليست فى ح .

(٢) زاد فى ب : « به » .

(٣) « فى النكاح الصحيح » ليست فى ا و ح . أما فى ب فالعبارة هى : « ... العاقلة والمكاتبه الحرة المسلمة فى النكاح » . وسيأتى الكلام على المكاتبه بمد قليل . انظر الهامش التالى .

(٤) « والمكاتبه » ليست فى ب . راجع الهامش السابق .

(٥) الواو من ا و ب و ح .

(٦) فى ح : « والكافر لا يخاطب به » .

(٧) فى ا و ب و ح : « فأما الزوجة الرقيقة » .

(٨) الفاء من ب و ا .

(٩) « مولاه » ليست فى ح . وراجع فيما تقدم ص ٢٣٤ .

(١٠) « فى الخدمة » من ا و ب . وفى ح : « أسقط حق نصيبه من الخدمة » .

لأنه أعار منفعة خدمته للزوج ، وللمعير أن يسترد العارية ^(١) .
 وأما الكتابة: ^(٢) فلها أن تخرج إلا أن يحبسها الزوج ، لحقه ^(٣) في
 عدتها ، لصيانة الماء ^(٤) ، فتكون السكنى حق الزوج ^(٥) ، لأجل الولد ^(٦) .
 وأما الصغيرة: فلها الخروج ، وليس للزوج منعها ، لأنه لا يلزمها حق
 الشرع ، ولا حق الزوج ، لأن حقه في حفظها لصيانة الولد ، ولا يتصور
 الولد في حقها ^(٧) .
 وأما أم الولد إذا أعتقت ، أو مات سيدها : فلها أن تخرج ^(٨) ، لأن
 عدتها عدة الوطء .
 وكذلك في الوطء لشبهة ^(٩) ، أو عن نكاح فاسد: لها أن تخرج ^(١٠) ،
 لأن ذلك واجب في النكاح الصحيح ، لا غير .
 فأما الحداد: < ف > لا يجب على الصغيرة والكافرة ، لأنه ليس
 عليهما ^(١١) حق الله تعالى .

-
- (١) في ح : « أن يرجع في العارية » .
 (٢) في ب : « وأما الكتابة » . راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٧٤ وانظر فيما يلي الهامش ٥ .
 (٣) كذا في ح . وفي ا و ب و الاصل : « لحفظها » .
 (٤) « لصيانة الماء » ليست في ا و ب و ح .
 (٥) في ا و ب و ح : « حق المولى » . راجع الهامش ٢ .
 (٦) « لأجل الولد » ليست في ا و ب و ح .
 (٧) « الولد في حقها » ليست في ح .
 (٨) « وأما أم الولد ... فلها أن تخرج » ليست في ح .
 (٩) في ا و ب و ح : « عن شبهة » .
 (١٠) « لها أن تخرج » ليست في ح .
 (١١) كذا في ب و ا . وفي الاصل و ح : « عليها » .

فأما على الإئمة ، والمديرة ، وأم الولد ، والمكاتبة إذا كانت زوجته ^(١) : < ف > يجب ^(٢) الحداد ، لأنه عبادة بدنية ، وإنها لا تسقط بسبب الرق .

وفى عدة أم الولد بعد العتق والموت ، وفى العدة من نكاح فاسد : لا حداد ^(٣) أيضاً ، لأنه يجب حرمة الزوجية ، ولم توجد ^(٤) .

. . .

ثم المعتدة إذا قالت « انقضت عدتي » فى مدة تنقضى بها العدة ، غالباً ، فإنها تصدق ، لأنها أمانة ، والقول قول الأئمين ، فيما لا يخالفه ^(٥) الظاهر ، بالإجماع .

ولو لم تعترف بانقضاء العدة : لا تنقضى ، لاحتمال أنها تصير ^(٦) ممتدة الطهر .

فأما إذا أخبرت بانقضاء العدة فى مدة أقل من شهرين :

قال أبو حنيفة : لا يصدق فى أقل من شهرين ^(٧) .

وقال أبو يوسف ومحمد : يصدق فى تسعة وثلاثين يوماً ^(٨) .

(١) فى ب و ا : « إذا كانت زوجة » . وفى ح : « إذا كانت زوجته » . وفى الاصل : « إذا كانت تحت زوج » .

(٢) « يجب » من أ . وليست فى ب والاصل . وفى ح : « لا يجب » .

(٣) فى ا و ح : « لا إحداد » .

(٤) زاد هنا فى ب : « والله تعالى أعلم » .

(٥) فى ا و ب : « لا يخالف » .

(٦) « تصير » ليست فى ح .

(٧) « فى أقل من شهرين » ليست فى ب . وانظر فيما يلى ٣٧٧ .

(٨) « وتخريج قول أبي يوسف ومحمد أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوماً . =

ولتخريج قول أبي حنيفة رحمه الله وجهان : أحدهما رواه محمد ،
والثاني رواه الحسن (١) و (٢) .

= وجه قولها أن المرأة أمينة في هذا الباب ، والأمين يصدق ما أمكن ، وأمكن تصديقها
هنا بأن يحكم بالطلاق في آخر الطهر فيبدأ بالعدة من الحيض فيعتبر أقله وذلك ثلاثة أيام ثم أقل الطهر
وهو خمسة عشر يوماً ثم أقل الحيض ثم أقل الطهر ثم أقل الحيض فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوماً .
(الكاساني ، ٣ : ١٩٨ - ١٩٩ . وانظر أيضاً الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠) .

(١) « فتخرجه في رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام ثم
بالطهر خمسة عشر يوماً ، ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام فتلك
ستون يوماً .

وتخرجه على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض
عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوماً .
فاتفق التخرج مع اتفاق الحكم .

وجه قول أبي حنيفة على تخريج محمد أن المرأة وإن كانت أمينة في الإقرار بانقضاء العدة
لكن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر فأما فيما يخالفه الظاهر فلا يقبل قوله كالوصى إذا
قال : أنفقت على اليتيم في يوم واحد ألف دينار - وما قالاه (أي أبو يوسف ومحمد) خلاف
الظاهر لأن الظاهر أن من أراد الطلاق فإنما يوقه في أول الطهر ، وكذا حيض ثلاثة أيام نادر
وحيض عشرة نادر أيضاً فيؤخذ بالوسط وهو خمسة ، واعتبار هذا التخرج يوجب أن أقل ما تصدق
فيه ستون يوماً .

وأما الوجه على تخريج رواية الحسن فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر لأن الإيقاع
في أول الطهر وإن كان سنة لكن الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يجرب نفسه في أول
الطهر : هل يمكنه الصبر عنها ، ثم يطلق . فكان الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يستبرأ مدة
الحيض عشرة أيام وإن كانت أكثر المدة لأنها قد اعتبرنا في الطهر أقله ، فلو نقصنا من العشرة في
الحيض لزم النقص في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم بأكثر الحيض وأقل الطهر رعاية
للحقين واعتبار هذا التخرج أيضاً يوجب ما ذكرنا وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون يوماً .
(الكاساني ، ٣ : ١٩٨ - ١٩٩ . وانظر : الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٢) « وأما الأمّة :

فنجد أبي حنيفة : أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوماً وهو أن يقدر كأنه
طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً
ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون يوماً .

وأما على رواية الحسن فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوماً لأنه يحمل كأن الطلاق وقع =

وإن طلقها في نفاسها وهي حرة^(١) :

فقال أبو حنيفة في رواية محمد : لا تصدق ، في أقل من خمسة وعشرين يوماً^(٢) . وفي رواية الحسن : مائة يوم^(٣) .

وقال أبو يوسف : لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً^(٤) .

= في آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوماً .

فاختلف حكم روايتيهما في الائمة واتفق في الحرة .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد : فأقل ما تصدق فيه إحدى وعشرون يوماً لأنها يقدران الطلاق في آخر الطهر ويبتدآن بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوماً .

(الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . وانظر : الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(١) بأن ولدت امرأته وطلقها عقيب الولادة (الكاساني ، ٣ : ١٩٩) - أو قال لها : « إن ولدت فأنت طالق » (الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٢) « لأنه يثبت النفاس خمسة وعشرين لأنه لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج إلى أن يثبت بعده خمسة عشر يوماً طهراً ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لأن من أصله أن الدمين في الأربعين لا يفصل بينهما طهر وإن كثر حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دماً وفي آخرها ساعة كان الكل نفاساً عنده فجعل النفاس خمسة وعشرين يوماً حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الأربعين فإذا كان كذلك كان بعد الأربعين خمسة حيضاً وخمسة عشر طهراً وخمسة حيضاً وخمسة عشر طهراً وخمسة حيضاً فذلك خمسة وثلاثون » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . والزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٣) « لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيضاً وخمسة عشر طهراً وعشرة حيضاً وخمسة عشر طهراً وعشرة حيضاً فذلك مائة » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٤) « لأنه يثبت أحد عشر يوماً نفاساً لأن المدة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوماً طهراً وثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيضاً فذلك خمسة وستون يوماً » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . والزيلعي ، الموضوع سالف البيان) .

وقال محمد: لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوماً وساعة^(١) و(٢).
 ووجه تخريج المسألة يعرف في كتاب الحيض - والله أعلم^(٣).

(١) « لأن أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوماً طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر يوماً طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك أربعة وخمسون ساعة » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١)

(٢) « ولأن كانت أمة :

فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً لأنه ثبت بعد الأربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وستون .

وعلى رواية الحسن عنه : لا تصدق في أقل من خمسة وسبعين لأنه ثبت بعد الأربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون

وقال أبو يوسف : لا تصدق في أقل من سبعة وأربعين لأنه ثبت أحد عشر يوماً نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك سبعة وأربعون يوماً .

وقال محمد : لا تصدق في أقل من ستة وثلاثين يوماً وساعة لأنه ثبت ساعة نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك ستة وثلاثون يوماً وساعة .
 (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١)

(٣) في ح : « إن شاء الله تعالى » . وليس في « التحفة » كتاب باسم « كتاب الحيض » وإنما فيها « باب الحيض » وقد تقدم في الجزء الأول ص ٦١ وما بعدها . وراجع أيضاً من الجزء الثاني « باب المدة » ص ٣٦٠ وما بعدها وقد قدمنا في الهوامش السابقة وجه تخريج المسألة .

ونلاحظ أن السرخسي قال أيضاً في المبسوط (٦ : ٢٦) : « ثم بين أدنى المدة التي تصدق فيها وهو شهران في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وتسعة وثلاثون يوماً في قولهما - وقد بينا هذه المسألة بفروعها في كتاب الحيض » .

كتاب العتاق

الإعتاق^(١) أنواع :

قد يكون قربة وطاعة لله تعالى - بأن أعتق لوجه الله تعالى ، أو نوى
عن كفارة عليه .

وقد يقع^(٢) مباحاً غير قربة - بأن أعتق من غير نية ، أو أعتق
لوجه فلان .

وقد يقع^(٣) معصية - بأن قال « أنت حر لوجه الشيطان » ، ويقع
العتق أيضاً .

ثم الألفاظ التي تذكر في العتق نوعان :

نوع يثبت به^(٤) العتق في الجملة : إما بالنية ، أو بغير النية .

ونوع لا يثبت به العتق أصلاً ، وإن نوى .

وأما الذي يثبت به العتق - فثلاثة^(٥) أنواع : صريح ، وملحق
بالصريح ، وكناية .

(١) في اوب و ح : « التناق » . وفي ح : « قال رحمه الله : التناق » .

(٢) و (٣) في ا : « وقد يكون » .

(٤) « به » ليست في ح .

(٥) الفاء من اوب و ح .

أما الصريح :

فما اشتق من لفظ الحرية ، والعق ، والولاء - بأن قال : « أنت حر ، أو « حررتك ، أو « أنت عتيق ، أو « معتق ، أو « أعتقتك ، أو « أنت مولاي » .

وقد يكون بصيغة النداء - بأن قال : « يا حر ، يا عتيق ، يا مولاي » .
فقى هذه الالفاظ : لا يحتاج إلى النية ، لكونه صريحا .
ولو نوى به الخبر عن الكذب ، في هذه الالفاظ : يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأن صيغته صيغة الخبر ، والخبر ^(١) قد يكون كذبا .

وإن نوى أنه كان حرا : فإن كان مسيبا ^(٢) : يصدق في الديانة ، لافي القضاء ^(٣) . وإن كان مؤكدا ^(٤) : لا يصدق أصلا ^(٥) .

وإن قال « أنت ^(٦) حر » ونوى أنه حر من ^(٧) العمل أي « لا أستعمله في عمل ما » لا يصدق ، في القضاء ، ويعتق ^(٨) ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى .

(١) « والخبر » من ا و ب .

(٢) في ب كذا : « ناسيا » . وفي ه كذا : « سيبا » .

(٣) « في الديانة لافي القضاء » من ه و ا . وفي ب : « يصدق في القضاء » وانظر الهامش ه .

(٤) في ه : « مولود » . وفي ب : « موكد » .

(٥) عبارة الكاساني (٤ : ٤٦ : ٧ من أسفل) كما يأتي : « ولو قال غيب به أنه كان خيرا : فإن كان مولدا لا يصدق أصلا لأنه كذب محض ، وإن كان إنشأ لا يصدق قضاء ، لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الالفاظ ، فلا يصدق في العدول عن الظاهر ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضي » ، راجع فتح القدير ، ٣ : ٣٥٩ .

(٦) في ه : « لانه » .

(٧) « من » ليست في ب .

(٨) « ويعتق » ليست في ا و ب و ه .

وكذا إذا قال «أنت مولاي» ونوى الموالاة في الدين : لا يصدق في القضاء ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ^(١) .

ولو قال «أنت حر من هذا» ^(٢) العمل ، وسمى عملاً ^(٣) معينا ، أو قال «أنت حر من عمل» ^(٤) اليوم ، فإنه يعتق في القضاء ، لأن العتق لا يتجزأ ، فإذا جمعه حراً في بعض الأعمال ، أو ^(٥) جعله حراً عن ^(٦) الأعمال كلها ، في بعض الأزمان ، يثبت في الكل ، ويصدق ^(٧) فيما بينه وبين الله تعالى : أنه أراد به البعض .

وأما اللفظ الملحق بالصریح :

كقوله لعبد «وهبت لك نفسك» أو «وهبت نفسك منك» : فإنه يعتق العبد ، قبل العبد أو لم يقبل ، نوى أو لم ينو .

وكذلك إذا قال «بعت نفسك منك» إلا أنه إذا باع نفسه من العبد ، بثمن معلوم : يشترط القبول لأجل ثبوت الموضع .

وروى عن أبي يوسف أنه قال ^(٨) : إذا قال لعبد «أنت مولى فلان» أو «عتيق

(١) «وكذا إذا قال : أنت مولاي ... وبين الله تعالى» ليست في أ و ب و ح .

(٢) «هذا» ليست في ح .

(٣) «عملاً» ليست في ح .

(٤) في أ و ب و ح : «العمل» .

(٥) في ب : «و» .

(٦) في أ : «من» .

(٧) في ب : «فيصدق» .

(٨) «قال» من أ و ب و ح .

فلان : يعتق في القضاء ، لأنه أقر بالحرية^(١) ، وهو مالك العبد .
ولو قال « أعتقتك^(٢) فلان » : لا يعتق ، لأنه يحتمل أنه أراد به : أنه
قال لك^(٣) « أنت حر الآن » ، ويحتمل الخبر . فلا يثبت العتق بالشك ،
لكن يجوز أن يقال : يعتق في الحاليين .
وأما ألفاظ الكناية :

< ف > أن يقول لعبده « لاسبيل لي عليك » أو « لاملك لي عليك »
أو « خلعت سبيلك » أو « خرجت عن ملكي » :
فإن نوى العتق : يعتق . وإن لم ينو : يصدق في القضاء ، لأنه لفظ مشترك -
إلا إذا قال « لاسبيل لي عليك إلا سبيل الولاء » : فهو حر في القضاء ،
ولا يصدق أنه أراد به غير العتق .

ولو قال « إلا سبيل الموالة » : يصدق في القضاء ، لأنه قد يراد به
الموالة في الدين ، بخلاف لفظ الولاء : فإنه مستعمل في ولأء العتق .
• • •

وأما الألفاظ التي لا يعنى بها ، وإن نوى - بأن قال لعبده^(٤) « لا سلطان
لي عليك » ، أو قال لعبده « اذهب حيث شئت » ، أو « توجه أين شئت
من بلاد الله » ، أو قال لعبده « أنت طالق » أو « طلقتك » أو « أنت بائن »
أو « أنت على حرام » أو قال ذلك^(٥) لأمته ، وكذلك سائر^(٦)

(١) في - : « بالحرمة » .

(٢) كذا في ا و ب . وفي الأصل و - : « أعتقتك » .

(٣) « لك » ليست في ا و ب . (٤) « لعبده » من ا و ب و - .

(٥) « ذلك » من - . (٦) في - : « في سائر » .

كنايات^(١) الطلاق - ونوى العتق فى هذه الفصول : لا يعتق ، لأنها عبارة عن زوال اليد ، وإنه لا يقتضى العتق ، كما فى الكناية .

ولو قال « يدك أو رجلك حر » ونوى العتق : لا يعتق ، وإنما يعتق إذا أضيف إلى جزء شائع ، أو جزء جامع ، بأن قال « رأسك حر » أو « وجهك حر » ، كما فى الطلاق .

ولو نوى فقال « رأسك رأسٌ حرٌّ » أو « بدنك بدنٌ حرٌّ » أو « وجهك وجهٌ حرٌّ » : يعتق .

ولو قال على الإضافة « وجهك وجهٌ حرٌّ » أو « رأسك رأسٌ حرٌّ » أو « بدنك بدنٌ حرٌّ »^(٢) : لا يعتق ، لأن هذا تشبيه .

ولو قال « ما أنت إلا مثل الحر » أو « أنت مثل الحر » ونوى العتق - لا يعتق ، لأنه تشبيه^(٣) . وقد قالوا : إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب الطلاق^(٤) : إذا قال لامرأته « أنت مثل امرأة فلان » وفلان آلى من امرأته ، ونوى الإيلاء : يصدق ، ويصير^(٥) مولياً^(٦) .

ومن الألفاظ التى يثبت بها^(٧) العتق ألفاظ النسب .

(١) كذا فى ا و ب و ج . وفى الأصل : « الكنايات » .

(٢) « أو وجهك وجهٌ حرٌّ : يعتق ... أو بدنك بدنٌ حرٌّ » ساقطة من ح .

(٣) « ولو قال : ما أنت إلا مثل الحر ... لأنه تشبيه » ليست فى ب و ا . وعبرة : « أو أنت مثل الحر » ليست فى ح .

(٤) فى ب و ا : « ... إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب العتق : لا يعتق ، لأنه تشبيه . وقد قالوا لأنه إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب الطلاق ... » .

(٥) فى ح : « ويكون » .

(٦) راجع فيما تقدم من ٣٠٧ - ٣٠٨ . فى : « باب الإيلاء » .

(٧) « بها » من ا و ب و ج .

والأصل فيه أن من وصف مملوكه بصفة شخص يعتق عليه، إذا ملكه - فهو على وجهين^(١): أحدهما أن يذكره^(٢) بطريق الصفة، والآخر أن يذكره^(٣) بطريق النداء. أما الصفة: < ف > نحو أن يقول « هذا ابني » أو « هذه ابنتي ». والنداء أن يقول « يا بني »، « يا بنتي »^(٤) - ولا^(٥) يخلو: إما إن كان العبد مجهول النسب، أو معروف النسب من غيره. ولا يخلو: إما إن كان يصلح ولدا له أو لا يصلح، وكذلك في سائر القربات المحرمة للنكاح. < أما في الصفة > - بأن قال « هذا أخى »، أو « عمى »، أو « خالى »: < فقد > ذكر في ظاهر الرواية < أنه يعتق >، وسوى بين الكل، إلا في الأخت والأخ، فإنه لا يعتق، إلا بالنية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه سوى بين الكل وقال: يعتق^(٦).

وأما النداء - إذا قال « يا بني »، « يا بنتى »^(٧)، « يا أمى »، « يا أبى »: فإنه^(٨) لا يعتق إلا إذا نوى، لأن النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ، وإنما يراد به استحضار المنادى، إلا إذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله، « يا حر »، « يا مولاي »: < ف > يعتق - لأن في الموضوع لا يعتبر^(٩) المعنى.

(١) في ح: « فهو حر على وجهين ».

(٢) الها. من ب. وفي ح: « أن يكون ».

(٣) « أن يذكره » من ب.

(٤) في ح: « يا ابني - أو: يا ابنتي ».

(٥) كذا في أ وب وح. وفي الأصل: « فلا ».

(٦) في ح: « لا يعتق ». وانظر الكاساني، ٤: ٥٢ و ٢٣.

(٧) « يا بنتى » ليست في ح.

(٨) « فإنه » من أ وب وح.

(٩) نقل هذه العبارة عن « التحفة » الشلبي على الزيلعي (٣: ٦٩) واكن فيه: « في

الموضوع يعتبر المعنى » أي بدون « لا ». وانظر الكاساني، ٤: ٤٦ و ٥٢.

ثم ينظر :

إن كان مجهول النسب، وهو يصلح ولد له أو والدًا: فإنه يثبت النسب، ويعتق.
وإن كان معروف النسب من غيره: فإنه لا يثبت النسب، ولكن يعتق،
لاحتمال النسب منه، بالنكاح، أو الوطء عن شبهة، والاشتهار من
غيره، أو بسبب الزنا.

وعند الشافعي: ما لم يثبت النسب منه: لا يثبت العتق.

وإن كان لا يصلح ولدا ولا والدًا ولا عما: قال أبو حنيفة: يعتق.
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يعتق.

ولو قال «هذه بنتي» أو «أُمِّي» وهي تصلح لذلك^(١):

<ف> إن كانت مجهولة النسب، وليس للمدعى أم معروفة: يثبت
النسب، والعتق، والحرمة.

وإن كانت معروفة النسب، أو كانت للمدعى أم معروفة: لا يثبت
النسب، ولكن يثبت العتق، والحرمة.

وإن كانت لا تصلح^(٢) بنتاً له أو^(٣) أما له: يثبت العتق عند أبي حنيفة،
ولكن لا تثبت الحرمة.

وهذا إذا لم تكن زوجة له. فإن كانت زوجة له، فقال «هذه بنتي» أو
«أُمِّي»: <ف> إن كانت معروفة النسب: لا تثبت الحرمة أيضاً. وكذلك
إذا كانت البنت أكبر سناً منه، والأُم أصغر سناً منه - لا تقع الفرقة.

(١) في أ و ب و ح: «وهو يصلح لذلك».

(٢) في ح: «وإن كان يصلح». (٣) الممزة من أ و ب و ح.

وعلى هذا قالوا في الزوجة : إذا قال ^(١) « هذه بنتي » وهي تصلح
 بنتاً له ، ثم قال « أوهمت » أو « أخطأت » : لم تقع الفارقة ، وإنما تقع إذا
 دام على ذلك وثبت ^(٢) .

ولو قال لعبده « هذا ابني » أو لأمته « هذه بنتي » ثم قال « أخطأت » :
 يعتق ، ولا يصدق .

لو قال لأمته ، وهي مجهولة ^(٣) النسب ، وهي أصغر سنأ منه « هذه
 بنتي » ثم تزوجها : جاز ، سواء أصر على ذلك أم لا - كذلك ذكر في
 كتاب النكاح . ولكن قالوا : هذا الجواب في معروفة النسب فأما
 في المجهولة ^(٤) : إن دام على ذلك ثم تزوجها : لم يحز ، وإن لم يدم عليه : جاز .
 ولو قال لعبده « هذه بنتي » أو لأمته « هذا ابني » اختلف المشايخ فيه .
 ثم في معروف ^(٥) النسب من الغير إذا أعتق ^(٦) - هل تصير أمه أم
 ولده إذا كانت في ملكه ^(٧) ؟

(١) « إذا قال » من ح .

(٢) كذا في ا و ب وح . وفي الأصل : « وثبت » .

(٣) في ح : « معروفة » .

(٤) في ح : « في المجهولة النسب » . وفي ب : « فأما المجهولة » . وفي ا : « وأما في المجهولة » .

(٥) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « معروفة » . وانظر الهامش بعد التالي .

(٦) « إذا أعتق » ليست في ح و ا . وانظر الهامش التالي .

(٧) في ح : « ثم في معروفة النسب من الغير هل يصير أمته أم ولده إذا كانت في ملكه ؟ »

راجع الهامشين السابقين .

بعضهم قالوا : لا يثبت الاستيلاد ، سواء كان الولد معروف النسب
أو مجهول النسب .

وقال بعضهم : يثبت في الحالين ^(١) .

وبعضهم فرق : إن كان معروف النسب : لا يثبت ، وفي مجهول النسب ^(٢) :
يثبت ^(٣) .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وقال بعضهم » .

(٢) « النسب » ليست في ح .

(٣) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب آخر

من

المعتق

في (١) هذا (٢) الباب فصول :

أمرها - الإعتاق بين الشريكين أو السركاء

والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وعند أبي يوسف ومحمد : لا يتجزأ .

وقال الشافعي : في حالة اليسار : لا يتجزأ . وفي حالة الإيسار : يتجزأ .

فيخرج المسائل على هذا :

- إذا أعتق الرجل عبدا بينه وبين شريكه : عتق نصيبه لا غير ، سواء

كان موسرا أو معسرا ، ولشريك المعتق خمس خيارات (٣) : إن شاء

أعتق نصيبه ، وإن شاء دبره (٤) ، وإن شاء كاتبه ، وإن شاء استسماه (٥) ،

وإن شاء ضمن المعتق إن كان موسرا . غير أنه إذا دبره يصير مدبرا نصيبه ، ويجب

عليه السعاية ، للحال ، فيعتق ، ولا يجوز له أن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت .

(١) في ح : « قال رحمه الله : في » .

(٢) « هذا » من ح .

(٣) في أ و ح كذا : « ... وبين شريكه عتق نصيبه والشريك ساكت أما إن كان موسرا

أو معسرا فله خمس خيارات ... » .

(٤) في ح : « وإن شاء دبره إن كان موسرا » .

(٥) في ب : « وإن شاء استسماه وإن كان المعتق معسرا » . واستسمى البعد كلفه من العمل

ما يؤدي به عن نفسه إذا أعتق بعضه ليعتق به ما بقي . والسعاية ما كسر ما كلف من ذلك (القاموس) .

ثم إذا (١) أعتق العبد بإعتاق الشريك نصيبه ، أو بالاستسعاء ، واستيفاء بدل الكتابة ، يكون الولاء بينهما ، لوجود الإعتاق منهما . وإن ضمن المعتق فله معتق أن يعتقه إن شاء ، وإن شاء استسعاه (٢) ، وإن شاء (٣) كاتبه ، أو دبره ، لأن نصيبه انتقل إليه في حق الإعتاق ، والمدير يحتمل النقل في حق الإعتاق لا غير ، فكان له الخيار ، كما في الشريك (٤) قبل التضمن ، ويكون (٥) الولاء كله له (٦) . وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله . ثم إن (٧) كان المعتق (٨) موسراً ، فللشريك أن يضمه إن شاء ، وإن شاء (٩) ترك ، وليس له أن يستسمى العبد ، وإن كان معسراً له أن يستسمى .

وقال الشافعي : إن كان المعتق موسراً : يعتق كله ، وله أن يضمه (١٠) ؛ وإن كان معسراً : يعتق ما أعتق ، ويبقى الباقي رقيقاً ، ويجوز فيه جميع التصرفات المزيللة للملك في نصيبه .

(١) « إذا » من أوب و ح .

(٢) في ب : « استسمى » . راجع الهامش ص ٣٨٩ .

(٣) « شاء » ساقطة من ب .

(٤) في أوب و ح : « كما للشريك » .

(٥) التون من أوب و ح .

(٦) « له » من أوب و ح . وفي ح : « الولاء له » .

(٧) « ثم إن » من أوب . وليست في الأصل . وفي ح : « يعتق كله لأن كان المعتق موسراً » .

(٨) « المعتق » من أوب و ح .

(٩) « وإن شاء » ساقطة من ح .

(١٠) في أ و ح : « إن كان المعتق موسراً له أن يضمه » .

— ولو كان العبد كله^(١) لرجل واحد ، فأعتق نصفه^(٢) ، أو شيئاً معلوماً منه ، فإنه يعتق بقدره ، وله الخيار في الباقي^(٣) بين أن يعتق أو يدبر ، أو يكاتب ، أو يستسمى ، ويكون الولاء كله له إذا عتق^(٤) بالإعتاق أو بالسماية . وعندهما : يعتق كله ، وليس له أن يستسميه^(٥) .
— وكذا لو أعتق نصيبه بإذن شريكه ، فلا شريك أن يستسمى ، وليس له حق التضمين ، لأنه سقط بالإذن — وهذا قول أبي حنيفة . وعندهما : يسقط الضمان ، وليس له حق الاستسماء .

— وكذلك لو أعتق نصيب شريكه بإذنه : يعتق عند أبي حنيفة ، وليس له أن يضمن شريكه الذي يقع الإعتاق من جهته ، لأنه راض بفساد نصيب نفسه ، بالإقدام على إعتاق نصيب شريكه ، وله أن يستسمى العبد . وعلى قولهما : ليس له أن يستسمى ، وقيل إن على قولهما : ينبغي أن يكون له حق التضمين ، لأنه ضمان تملك^(٦) .

— ولو أعتق نصيب شريكه ، بغير إذنه : لا ينفذ عتقه ، لأنه أضاف عتقه^(٧) إلى ماله ليس بمملوك له^(٨) ، فلا ينفذ ، ويتوقف على إجازته .

(١) « كله » من أوب و ح .

(٢) في ب : « نصيبه » .

(٣) في ب : « في الثاني » .

(٤) في أوب و ح : « أعتق » .

(٥) في ح : « يستسمى » .

(٦) في أوب و ح : « تملك » .

(٧) « عتقه » من أ .

(٨) « له » من أ و ح .

ثم تفسير اليسار الذى يتعلق به وجوب الضمان هو أن يكون المعتق ماله كالمقدار قيمة ما بقى من العبد ، قلت أو كثرت . وتفسير الإيسار أن^(١) لا يقدر على هذا .

ثم إنما تعتبر القيمة فى الضمان والسماية ، يوم الإعتاق ، لأنه سبب الضمان^(٢) .

وكذا يعتبر حال المعتق فى يساره وإيساره^(٣) يوم الإعتاق ، حتى إذا كان موسراً يثبت^(٤) للشريك حق التضمين ، فإذا أعسر المعتق ، لا يبطل حق التضمين ، وإن كان معسراً ، حتى يثبت^(٥) حق الاستسعاء للشريك . ثم إذا^(٦) أيسر المعتق ليس للشريك حق التضمين

ولو اختلفا فى قيمة العبد لا يخلو : إما إن كان العبد قائماً أو هالكا : فإن كان قائماً : إن كانت الحصومة وقعت فى حال الإعتاق ، تعتبر قيمة العبد ، للحال ، ويحكم عليه بذلك ، ويسقط اعتبار البينة والتحالف . وإن اتفقا أن^(٧) الإعتاق سابق على حال^(٨) الحصومة فلا يمكن

(١) فى حـ كذا : « وتفسير الإعتاق أنه » .

(٢) زاد هنا فى الأصل : « وكذا يعتبر حال المعتق لأنه سبب الضمان » والظاهر أن هذا تكرار لعبارة « لأنه سبب الضمان » و « وكذا يعتبر حال المعتق » التالية .

(٣) « وإيساره » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا و ب و حـ : « وثبت » .

(٥) امل الصواب أو الأوضح : « حتى ثبت » - و « حتى » ليست فى حـ .

(٦) « إذا » من ا و ب و حـ .

(٧) فى حـ : « على أن » .

(٨) فى ب : « فى حال » .

الرجوع إلى قيمة العبد ، للحال ، لأن قيمة العبد قد تزيد وتنقص ، في هذه المدة ، ويكون القول قول المعتق ، لأنه ينكر الزيادة .

وإن كان العبد هالكا : فالقول قول المعتق^(١) ، لا إنكاره^(٢) الزيادة . وإن اختلفا في حال المعتق من اليسار والإعسار^(٣) ، والعق متقدم على حال الخصومة : إن كانت مدة يختلف فيها اليسار والإعسار^(٤) : فالقول قول المعتق ، لأنه ينكر اليسار . وإن كان لا يختلف : يعتبر الحال .

• • •

والفصل الثاني

إذا قال لعبديه « أحكما حر » ، أو قال « هذا حر أو^(٥) هذا حر » ، أو سماهما فقال « سالم حر أو بزيع^(٦) حر » : فالمولى بالخيار بين أن يعين المعتق في أيهما شاء . وكذلك في إعتاق إحدى أمتيه - فإنه^(٧) أثبت العتق في أحدهما^(٨) ، فهو المبهم^(٩) . فكان البيان إليه .

(١) « لأنه ينكر الزيادة ... المعتق » ليست في ح .

(٢) « الماء » من اوب و ح .

(٣) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « السار » وهو في معنى « الإعسار » خطأ (المغرب) .

(٤) « والعق متقدم .. والإعسار » ساقطة من ا .

(٥) « هذا حر أو » من ا . وفي ح : « هذا حر وهذا » - انظر الكاساني ، ٤ : ٥٦ :

٨ من أسفل .

(٦) في ا : « بديع » وفي ب : « بربع » . وفي ح : « برفع » . وفي الكاساني (٤ : ٨٥ : ٣

« بربع » . والصحيح ما في المتن . و « بَزْعُ الغلام فهو بَزِيع صار ظريفا » (القاموس) .

(٧) في اوب و ح : « لأنه » .

(٨) في ح : « في أحدهما » .

(٩) كلام مبهم لا يعرف له وجه . وأمر مبهم لا مأنى له (المغرب) .

فإذا خاصمه العبدان^(١) إلى الحاكم: أجبره الحاكم^(٢) على أن يعين^(٣) أحدهما، لأنه تعلق^(٤) به حق العتق^(٥) لأحدهما. فإن لم يخاصمه عند الحاكم واختار إيقاع العتق على أحدهما: وقع العتق عليه، حين اختار عتقه، وهما قبل ذلك^(٦) بمنزلة العبدین، مادام خيار المولى قائماً فيهما^(٧).

فأما إذا انقطع خيار المولى، وأحدهما في ملكه: تعين للعتق^(٨) - بأن مات أحد العبدین.

وإذا مات المولى: يعتق من كل واحد منهما نصفه، لأن الخيار فات^(٩) بموت المولى. ولا يعرف الحر من العبد، فيشيع فيهما. فإن أخرج المولى أحدهما عن ملكه، بوجه من الوجوه، بأن باعه^(١٠) أو رهنه^(١١) أو آجره أو كاتبه أو دبره، أو كانتا أمتين

(١) في ح: «العبد».

(٢) «أجبره الحاكم» ليست في ب. وفي ح: «أجبره القاضي».

(٣) في ح و ا: «يعتق».

(٤) في ب: «يعين».

(٥) «العتق» ليست في ب. وفي ا: «حق العبد».

(٦) في ح: «قبل الاختيار».

(٧) كذا في ب و ا. وفي الأصل: «فيهما» وفي ح: «بينهما».

(٨) في ب: «المتعق». وفي ح: «العتق».

(٩) «فات» ليست في ا.

(١٠) «بأن باعه» ليست في ا و ح.

(١١) في ح: «أو رهنه».

فاستولد إحداهما^(١)، أو باع أحدهما^(٢) على أنه بالحيار، أو على أن المشتري بالحيار، أو باع أحدهما^(٣) بيعاً فاسداً و^(٤) قبضه المشتري، أو حلف على أحدهما بالاعتاق إن فعل^(٥) شيئاً - فذلك كله اختيار لا يقع العتق في الآخر، لأن الخير بين الشئتين إذا فعل ما يستدل به على الاختيار، قام مقام قوله « اخترت » - وفي هذه المواضع وجد ما يستدل به على الاختيار، لأنه^(٦) إما أن يزيل الملك، أو^(٧) هو سبب لإنشاء زوال الملك أو العتق، أو تصرف لا يجوز إلا بالملك.

فأما إذا وطىء إحدى أمتيه التي أبهم العتق فيهما: لا يكون اختياراً للعتق عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن تعلق منه. وعندهما: يكون اختياراً. وكذلك الخلاف^(٨) إذا لمسها لشهوة.

وأجمعوا أنه لو استخدم إحداهما: لا يكون بياناً - والمسألة معروفة.

والفصل الثالث - إعتاق الحمل

والأصل فيه أن الحمل يعتق بإعتاق الأم، تبعاً، ويعتق بإضافة العتق إليه مقصوداً أيضاً، لأنه أصل من وجه، تبع^(٩) من وجه.

(١) في ب: « أحدهما ».

(٢) في ح: « إحداهما ».

(٣) في أ: « إحداهما ».

(٤) في ب و ح: « أو ».

(٥) في ب: « أن يفعل ».

(٦) أي ما صدر منه.

(٧) في ب: « و ».

إذا ثبت هذا نقول :

- إذا قال لأمته «ما في بطنك حر» - فجاءت بولد لا يقل من ستة أشهر، منذ قال ذلك : يعتق ، وإن جاءت به^(١) لا أكثر من ستة أشهر منذ قال ذلك^(٢) : لم يعتق ، لأننا تيقنا بالعلوق^(٣) في الفصل الأول ، ووقع الشك في الثاني ، فلا يعتق مع الشك^(٤) .

فإن ولدته ميتاً بعد القول ، بيوم : لم يعتق ، لأننا لم نعلم^(٥) حياته عند الإيقاع .

فإن كانت الأمّة في عدة من زوج : عتق الولد إذا ولدته ما بينها^(٦) وبين السنتين ، منذ وجبت العدة ، وإن كان^(٧) لا أكثر من ستة أشهر منذ قال المولى ، لأننا نحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج ، فلا بد أن يحكم بوجوده قبل الطلاق ، والعناق متأخر عن ذلك .

- ولو قال «ما في بطنك حر» ثم ضرب رجل بطنها بعد يوم ، فألقت جنيناً ميتاً : ففيه ما في جنين الحرة ، عبداً أو أمة ، لأنه لما وجب^(٨) الضمان على المضارب^(٩) شرعاً ، فقد حكم بكونه حياً يوم الإعتاق .

ولو ولدت ولدين أحدهما لا يقل من ستة أشهر ، والآخر لا أكثر

(١) « به » من و ا . وفي ح : « بولد » . (٢) « منذ قال ذلك » من ح .

(٣) في ا و ب و ح : « بالعتق » . (٤) في ح : « ولا يعتق بالشك » .

(٥) في ا و ب و ح : « لا نعلم » . (٦) أى فيما بين هذه المقالة وبين السنتين .

(٧) في ح : « كانت » . (٨) في ح : « أوجب » .

(٩) « على المضارب » ليست في ب .

منه، ييوم : عتقا ، لأننا تيقنا بعنق^(١) الذى ولدت لأقل من ستة أشهر ،
والآخر^(٢) < يجب >^(٣) أن يكون موجوداً وهو حمل واحد^(٤) ،
فتى^(٥) ثبت حكم الحياة فى أحدهما ، فكذا فى الآخر .

— ولو قال لعبد أو لأمته «أنت حر إن شئت» أو «خيرتك»^(٦) فى
إعتاقك ، أو «جعلت عتقك فى يدك» : فإنه يصح تفويض العتق إلى
الرفيق، ويكون الخيار إليه^(٧) فى المجلس ، والجواب فى العتق فى هذا
الفصل والطلاق سواء . وقد بينا فى كتاب الطلاق^(٨) .

— ولو قال لعبد «أنت حر إن شاء الله» : فإنه لا يعتق .

وما عرفت من الجواب فى استثناء الطلاق ، فهو الجواب فى
العتاق^(٩) . وقد ذكرنا فى كتاب الطلاق .

فصل

قال عامة العلماء :

إن من ملك ذارحم محرم منه : عتق عليه ، صغيراً كان المالك
أو كبيراً ، صحيح العقل أو مجنوناً .

(١) فى ح : « عتق » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « والآخذ » .

(٣) فى الأصل و ا و ب و ح : « يجوز » . انظر الكاسانى ، : ٥٦ : ١٤٠ .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « واخذ » .

(٥) « فتى » ساقطة من ح .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « خيرك » . (٧) فى ب : « له » .

(٨) « وقد بينا فى كتاب الطلاق » ليست فى ح . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٦ .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « العتاق » . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٩ وما بعدها .

وقال مالك وأصحاب الظواهر : لم يعتقوا^(١) إلا بإعتاق المالك .

وقال الشافعى : لا يعتق^(٢) بالملك^(٣) إلا من له ولاد .

وأجمعوا أنه لا يعتق من كان له رحم غير محرم للنسكاح .

وأهل الذمة وأهل^(٤) الإسلام فى ذلك سواء - بخلاف النفقة : فإنها

تختلف : فى الوالدين والمولودين : تنجب ، وفى غيرهم من الرحم المحرم : لا تنجب - والمسألة معروفة .

ولو ملك سهماً من الرحم المحرم^(٥) : عتق ، بقدر مملك ، عند أبى

حنيفة رحمه الله . وعند أبى يوسف ومحمد وزفر : عتق كله ، لأن العتق يتجزأ عنده ، خلافاً لهم .

ولو ملك رجلان عبداً ، وهو ابن أحدهما أو ذو رحم محرم منه ،

بعقد عقده جميعاً ، أو قبلاه جميعاً^(٦) ، من الشراء والهبة والصدقة .. لم

يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً^(٧) ، ويسمى العبد له^(٨) فى نصيبه عند

أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن الذى عتق عليه نصيبه إن كان موسراً .

(١) فى - : « لا يعتقون » .

(٢) « لا يعتق » ساقطة من أ .

(٣) فى - : « بالعتق » .

(٤) « أهل » من - .

(٥) « لا تنجب ... من الرحم المحرم » ساقطة من - .

(٦) « أو قبلاه جميعاً » ليست فى ب .

(٧) « شيئاً » ليست فى - .

(٨) « له » ليست فى ب .

وأجمعوا أنهما لو ملكاه، بسبب الإرث: لم يضمن، لشريكه، شيئاً^(١) -
في قولهم جميعاً^(٢) .

وعلى هذا: إذا باع رجل نصف^(٣) عبده من ذى رحم محرم من
عبده حتى عتق عليه^(٤) نصيب المشتري، لم يضمن للبائع^(٥) شيئاً عند
أبي حنيفة، خلافاً لهما. ويستوى الجواب بين ما^(٦) إذا لم^(٧) يعلم أن
الشريك أو المشتري قريب العبد، وبين ما^(٨) إذا علم^(٩) - في جواب
ظاهر الرواية .

وروى بشر عن أبي يوسف: إن كان الأجنبي يعرف ذلك: فإن^(١٠)
العبد يعتق^(١١)، ويسمى للأجنبي^(١٢) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.
وإن كان لا يعلم فهو بالخيار: إن شاء نقض البيع، وإن شاء أتم عليه.
وعلى^(١٣) هذا الخلاف: إذا حلف رجل بعتق عبد، إذا

(١) « شيئاً » ليست في ا و ب و ح .

(٢) « جميعاً » ليست في ا .

(٣) « نصف » ليست في ا .

(٤) « عليه » من ا و ح .

(٥) في ح : « البائع » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « بينهما » .

(٧) « لم » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « وبينهما » .

(٩) « وبين ما إذا علم » ليست في ا و ح .

(١٠) و (١١) « فإن » و « يعتق » ليستا في ب .

(١٢) في ح : « الأجنبي » .

(١٣) « على » من ا و ب و ح .

ملكه^(١) ثم اشتراه هو وآخر : لاضمان عليه لشريكه عند أبي حنيفة -
وعندهما : له أن يضمّن - ذكر الخلاف أبو بكر الرازي^(٢) ، وأبو الحسن
الكرخي^(٣) يقول : لا أعرف الرواية في هذه المسألة . ومن أصحابنا
من فرق بين المسألتين - وهذه المسألة تعرف في الخلافات .

فصل

أصل هذا أن العتق المضاف إلى الملك كالمعلق^(٤) في الملك ، عندنا ،
خلافًا للشافعي - وهي مسألة^(٥) معروفة .
إذا ثبت هذا نقول :

- إذا قال « كل مملوك لي فهو حر » : فإنه يقع على ما هو مملوكه للحال .
- وكذا إذا قال « كل مملوك أملكه فهو حر » ، ولا نية له : فهو على
مملوك له يوم حلف ، ولا يقع على ما يحدث فيه الملك ، لأن قوله
« أملك » صار عبارة عن الحال ، باعتبار العرف ، فإن من قال « أشهد
أن لا إله إلا الله » يكون مسلمًا .

وحكم المسألة أن كل من كان في ملكه من ذكر أو أنثى ، قن^(٦)

(١) في ح : « يعتق عبدا إذا ملك حراً منه » .

(٢) راجع ترجمته في الهامش ٥ ، ص ٢٠٦ ، ١٢٠ .

(٣) « الكرخي » ليست في ح . راجع ترجمته في الهامش ٣ ، ص ١٢٠ ، ١٢١ .

(٤) في ح : « كالمعلق » .

(٥) « وهي مسألة » ليست في ب .

(٦) البعد القن الخاص بالعبودية خلاف المدبر والمكاتب (المغرب) .

أو مدبر ومدبرة^(١)، أو^(٢) أم ولد وأولادها^(٣) : فإنه يعتق، من غير نية، لأنه مملوكه .

فأما المكاتب: <ف> لا يعتق إلا بالنية، لأنه غير مضاف إليه مطلقاً .
ويدخل العبد المرهون، والعبد المستأجر^(٤)، والعبد الذي عليه دين مستغرق .
فأما عبيد عبده^(٥) المأذون : <ف> إذا لم يكن على العبد المأذون^(٦) دين : فلا يدخلون عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا بالنية ، لأنهم لا يضافون إلى المولى مطلقاً . وقال محمد: يعتقون، لأنهم ملكه على الحقيقة . وإن كان على المأذون دين مستغرق : لم^(٧) يعتق عند أبي حنيفة، وإن نواهم، لأنه لا يملك أكسابه عنده^(٨) . وقال أبو يوسف: إن نواهم، عتقوا ، لأنهم ملكه ، لكن لا^(٩) يضافون إليه مطلقاً . وقال محمد : يعتقون بالنية ، لأنهم ملكه، والمعتبر عنده الملك، دون الإضافة .
ولا يدخل في هذا الكلام الحمل : نحو أن يكون موصى له بالحمل .
- وكذلك لو قال « إن اشتريت مملوكين فهما حران »، فاشترى أمة حاملاً : لم يعتقاً^(١٠) .

(١) « ومدبرة » ليست في ا و ب و ح .

(٢) الهذبة من ب و ا . وفي الأصل و ح : « و » .

(٣) في ا و ح : « وأولادها » . راجع الهامش السابق .

(٤) « والعبد المستأجر » من ب . وفي ا و ح : « والمستأجر » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عبد » .

(٦) « إذا لم يكن على العبد المأذون » من ح . وفي ب و ا : « لأن لم يكن عليه » .

(٧) في ب : « ولم » .

(٨) في ا و ب : « أكساب عبده » .

(٩) « لا » ليست في ب .

(١٠) « وكذلك لو قال : إن اشتريت .. لم يعتقاً » ليست في ا و ب و ح . انظر الهامش بعد التالي .

- وكذلك لو قال لأمته « كل مملوك لى حر ^(١) » : لم يعتق حملها ^(٢) ،
لأنه لا يسمى مملوكاً على الإطلاق ، فإن كانت الأم في ملكه : يعتق
الأم والولد جميعاً ، لكن الولد يعتق بحكم التبعية ، لا بحكم اليمين . فإن
عنى به الذكور دون الإناث لم يدين فى القضاء ، ويدين فيما بينه وبين
الله تعالى ، لأنه نوى ^(٣) تخصيص كلامه .

- ولو نوى فى قوله « كل مملوك أملكه » الاستقبال دون الحال : فإنه
يقع على ما فى ^(٤) ملكه ، وما يملك فى المستقبل ، جميعاً ، لأن اللفظ
ظاهره ^(٥) فى العرف للحال ، فلا يصدق فى صرف الكلام عنه ، ويقع
العتق على ما سيملكه ^(٦) ، بإقراره بالعتق ^(٧) فيما هو ملكه < فى المستقبل > ^(٨) .
- ولو قال « كل مملوك أملكه اليوم » ، وله مملوك ، فاستفاد فى ذلك
اليوم ممالك : عتق الكل .

- وكذلك إذا قال « هذا الشهر » و « هذه السنة » ، لأن التوقيت دلالة
على اشتغال اليمين على من يملكه فى المدة ، فعتقوا جميعاً .
فإن قال « عتيت أحد الصنفين دون الآخر » : دين فيما بينه وبين الله
تعالى ، دون القضاء ، لأنه ادعى تخصيص العموم .

(١) فى ب : « كل مملوك لى غيرك حر » .

(٢) « نحو أن يكون موصى له بالحل - وكذلك ... لم يعتق حملها » ليست فى ا و ح .

(٣) « نوى » ليست فى ح .

(٤) « فى » ليست فى ح .

(٥) فى ا و ح : « ظاهر » .

(٦) فى ح : « فيقع العتق على ما يستملكه » .

(٧) فى ا : « العتق » . وفى ح : « وبالعتق » .

(٨) انظر الكاسانى ، ٤ : ٦٧ : ١٧ .

—ولو قال « كل مملوك أمملكه الساعة فهو حر » — فهذا على ما ملكه تلك الساعة ، دون غيرها ^(١) ، ولا يعتق ما يستفيد الملك فيه ^(٢) في ساعته تلك ، لأن المراد بقوله « الساعة » هو الحال في العرف ، دون « الساعة » التي عند المنجمين ، فكان المراد به ما كان في ملكه في الحال التي حلف ^(٣) .

فإن قال « أردت من أستفيد الملك فيه في هذه الساعة » فقد نوى ما يحتمله كلامه ، وهو الساعة الزمانية ، وفيه تشديد على نفسه ، فيصدق في دخول ذلك في يمينه ، ولا يصدق في صرف العتق عن كان في ملكه . — ولو قال « كل مملوك أمملكه غدا فهو حر » ، ولا نية له : قال محمد رحمه الله في الجامع : إنه يدخل فيه من كان ملكه في اليوم ^(٤) ودام إلى الغد ، ومن استفاد ملكه ^(٥) في الغد أيضاً ، وهو قول محمد ، واعتبر جانب الحال ^(٦) كأنه قال : « كل مملوك ^(٧) أنا مالكة ^(٨) غدا فهو حر » . وقال أبو يوسف رحمه الله : يعتق ما يملكه في الغد ، دون ما جاء الغد ^(٩) وهو في ملكه ، واعتبر جانب الاستقبال ، لوجود الإضافة إلى زمان مستقبل . — وعلى هذا الخلاف : إذا قال « كل مملوك أمملكه رأس الشهر » .

(١) « لأنه ادعى تخصيص... دون غيرها » ليست في ب .

(٢) « فيه » من ب .

(٣) في أ : « للحال الذي حلف » .

(٤) « في اليوم » ليست في ح . وفي ب : « من كان في ملكه اليوم » .

(٥) « ملكه » ليست في ح . و أ .

(٦) في ح : « الحول » .

(٧) « مملوك » من أ و ب و ح .

(٨) في ح : « إن أملكه » .

(٩) « دون ما جاء الغد » ليست في ح .

— وأجمعوا أنه إذا قال « كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر » أنه على ما هو في ملكه غدا ، لأن مجيء الغد شرط ، ومن أضاف العتق إلى شرط ، يدخل في العتق ما كان مملوكه يوم الحلف دون ما يستفيده .
 — ولو قال « كل مملوك أملكه إلى سنة أو إلى ثلاثين سنة » : فإنه يقع على ما يستقبل ، بلا خلاف ، وأولها من حين حلف ^(١) بعد سكوته ، لأنه خاص ^(٢) للاستقبال ، بدلالة العادة .

— وكذلك لو قال « كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو أملكه سنة أو أملكه أبدا ^(٣) » أو ^(٤) إلى أن أموت » : فإنه يدخل فيه ما استأنف فيه الملك ، دون ما كان في ملكه . فإن قال « أردت بقولي أملكه سنة » أن يكون في ملكي سنة من يوم حلف < ت > : « دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يدين في القضاء ، لأن الظاهر أن هذا الكلام يراد به الاستقبال ، فلا يصدق على خلاف الظاهر في القضاء .

— ولو قال لعبده « إن دخلت الدار ^(٥) فأنت حر » ، فباعه ، فدخل الدار ، ثم اشتراه ، فدخل الدار ثانيا : لم يعتق ، وإن لم يدخل الدار بعد البيع : عتق ، لأن بالبيع ^(٦) لا يزول اليمين ^(٧) ، لأن بقاء الملك ليس بشرط لبقاء اليمين ،

(١) « حلف » من ح و ا . وليست في الأصل . وفي ب : « الحلف » .

(٢) في ا و ح : « خالص » . وفي ب : « خاص » .

(٣) « أبدا » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « لهذا » .

(٤) « أو » ليست في ح .

(٥) « الدار » ليست في ح .

(٦) في ب ر ح : « البيع » .

(٧) « اليمين » ليست في ب .

فإذا بقيت اليمين: فإذا اشتراه ودخل، فوجد^(١) الشرط، والعبد في ملكه، فعتق^(٢). فأما إذا دخل بعد البيع: ينحل اليمين، لا إلى جزاء، لوجود شرط الحنث، فإذا دخل بعد ما ملكه ثانيا، فقد وجد الشرط، ولا يمين، فلا^(٣) يثبت به العتق.

- ولو قال لعبد: «إن دخلت هاتين الدارين فأنت حر»، فباعه، فدخل إحداهما ثم اشتراه، فدخل الأخرى: عتق، لأن العتق معلق بدخول الدارين، وإنما ينزل^(٤) عند دخول الأخرى^(٥)، فيشترط قيام الملك، عنده، لأنه حال نزول الجزاء، والملك كان موجودا عند^(٦) اليمين، وحال دخول الدار الأولى ليست حال انعقاد اليمين ولا حال نزول الجزاء، فلا يشترط فيه الملك^(٧).

(١) في ح: «ودخل في ملكه فقد وجد». وفي أ: «فدخل في ملكه فوجد».

(٢) في ح: «فيمتق». وفي أ و ب: «يعتق».

(٣) في ح: «ولا».

(٤) في ح كذا: «يرأ».

(٥) كذا في ح: «وفي الأصل: «الآخر». وفي ب و أ: «عند وجود الأخيرة».

(٦) كذا في أ و ب و ح: «وفي الأصل: «عقد».

(٧) زاد في ب و أ: «والله تعالى أعلم».

باب أم الولد

يحتاج^(١) في الباب إلى تفسير الاستيلاد ، وإلى بيان حكم أم^(٢) الولد .

أما الأول - فنقول :

أم الولد كل^(٣) مملوكة^(٤) ثبت نسب ولدها من مالك لها أو من^(٥) مالك لبعضها - فإن المملوكة إذا جاءت بولد ، وادعاه المالك ، ثبت نسبه ، وتصير الجارية^(٦) أم ولد له .

وإذا كانت مشتركة ، فجاءت بولد ، فادعاه أحدهما : ثبت النسب منه ، وتصير الجارية كلها أم ولد له ، ويضمن قيمة نصيب شريكه ، ويضمن نصف العقر ، ويكون الولد حرا . فإن ادعاه الآخر^(٧) ، ثبت النسب منهما ، جميعا ، وتصير الجارية أم ولد لهما .

وكذلك لو ثبت نسب ولد مملوكة ، من غير سيدها ، بنكاح ، أو

(١) في الأصل : « قال رضى الله عنه : يحتاج » . وفي ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « أم » من ا و ب و ح .

(٣) « كل » ليست في ب .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل و ا : « مملوك » .

(٥) « من » من ب .

(٦) في ا و ح : « الجارية كلها » .

(٧) في ب : « ولأن ادعياء معا » .

وطء شبهة ، ثم ملكها - فهي أم ولد له ، من حين ملكها ، لا من وقت العلوق - وهذا عندنا . وعند الشافعي ^(١) : لاتصير الجارية أم ولد له ^(٢) . وأجمعوا أنه إذا ملك الولد يعتق عليه - وهي من مسائل الخلاف ^(٣) . ثم الولد ، سواء كان ميتاً أو حياً ، أو سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه ، إذا أقر به ، فهو بمنزلة الولد الكامل الحي ^(٤) ، في صيرورة ^(٥) الجارية أم ولد له ، لأن الولد الميت يسمى ولداً ^(٦) له ، وتعلق به أحكام كثيرة .

وإن لم يستبين خلقه ، وادعاه المولى : لا تكون أم ولد له ، لأن هذا لا يسمى ولداً ، ويجوز أن يكون لحماً أو ^(٧) دماً عبيطاً ^(٨) . وروى عن أبي يوسف أن المولى إذا قال « حمل هذه الجارية ^(٩) مني » أو « هي حبل مني ^(١٠) » ، أو « مافي بطنها من ولد فهو مني » : ثبت النسب ، وتصير أم ولد له .

ولو قال هكذا ، ثم قال بعد ذلك « لم تكن حاملاً وإنما كان ربها » ،

(١) « ثم ملكها فهي أم ولد ... وعند الشافعي » ليست في ب .

(٢) « له » ليست في ح .

(٣) في ب : « الخلافات » .

(٤) « أو ميتاً أو سقطاً ... الكامل الحي » ليست في ح .

(٥) في الأصل : « صيرورته » . وفي ا و ب و ح : « صيرورية » .

(٦) في ب و ح : « لأن أم الولد الميت يسمى أم ولد » .

(٧) في ح : « و » .

(٨) الدم العبيط هو الدم الطرى (المغرب) . وفي ا : « غليظا » .

(٩) في ب : « الأمة » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « هي حكى » .

فصدقته الأئمة : فهي أم ولد له ، لأن هذا إقرار بكون الولد منه ، فلا يصح رجوعه ، ولا يعتبر تصديقها^(١) في حق الولد .

وأما حكم أم الولد - < فنقول > :

إنه لا يجوز إخراجها عن ملكه بوجه من الوجوه .

ولا يجوز فيها تصرف يفضى إلى بطلان حقها في^(٢) حق الحرية .

ويجوز إعتاقها وتديرها وكتابتها لما فيه من إيصال حقها إليها معجلاً .

ويجوز استخدامها ووطؤها وإجارتها لأنها باقية على ملكه .

وهذا قول عامة العلماء ، خلافاً لأصحاب الظواهر .

وإذا جاءت أم الولد بولد ، فإنه يثبت نسبه من غير دعوة^(٣) ، لأنها

صارت فراشاً للمولى ، إلا أنه ينتفى بمجرّد النفى^(٤) ، بخلاف فراش النكاح :

فإنه لا ينتفى إلا بالامعان .

وإذا زوج أم الولد ، فجاءت بولد لسته أشهر فصاعداً - فهو ابن

الزوج ، لأن فراش المولى^(٥) زال بالتزويج . فإن ادعى المولى نسب

هذا الولد : لم يثبت نسبه منه^(٦) ، لأن الفراش الظاهر لغيره ، ولكن

يعتق عليه ، لأنه أقرب به^(٧) على نفسه ، وهو محتمل .

(١) في ب : « تصديق » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « من » .

(٣) في ح : « دعواه » .

(٤) « النفى » ليست في ح .

(٥) « المولى » ليست في ب .

(٦) « منه » من ا و ب و ح .

(٧) « به » من ب و ا .

ويستوى الجواب بين ما إذا كان النكاح فاسداً وَوَطَّئَهَا الزوج ،
أو جائزاً ، لأن المرأة تصير فراشا بالنكاح الفاسد^(١) .

ولو زال ملك المولى عنها بموته ، حقيقة ، أو حكماً بالردة واللعن
بدار الحرب ، وهى حية : يعتق من جميع^(٢) المال ، ولا تسمى للوارث
ولا للغريم ، بخلاف المدبر : فإنه يعتق من الثلث .

ويجب على أم الولد بعد الموت أن تعتد بثلاثة أقرأء .
وكذلك^(٣) لو أعتقها فى حال الحياة على ما مر .

وحكم ولد أم الولد حكم الأم ، لأنه تابع^(٤) للأم حالة الولادة .

ثم أم الولد لا تضمن عند أبي حنيفة بالنصب ، ولا بالتبض فى البيع
الفاسد ، ولا^(٥) بالاعتاق - بأن^(٦) كانت أم ولد بين رجلين ، فأعتقها أحدهما :
لم يضمن المعتق لشريكه ، ولم تسع أيضاً فى شيء .

وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن فى ذلك كله ، كالمدبرة^(٧) والامة^(٨) -

ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال^(٩) عند أبي
حنيفة رحمه الله - خلافاً لهما .

(١) « ووطئها الزوج الفاسد » ليست فى ح .

(٢) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « بجميع » .

(٣) كذا فى ب و ا . وفى ح : « وكذا » . وفى الأصل : « فكذلك » .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « لأنها تابعة » .

(٥) فى اوب و ح : « ولو » . وانظر الهامش التالى .

(٦) فى ح : « فإن » .

(٧) فى ب : « كالمدبر » .

(٨) فى ا : « كالمدبرة وأم الولد » .

(٩) فى ح : « غير مال » .

وأجمعوا أن المدبر^(١) متقوم .

وروى عن محمد في الإيلاء أنه قال : إن أم الولد تضمن في الغصب عند أبي حنيفة بما يضمن به الصبي الحر إذا غصب - أراد بهذا أنها إذا ماتت من سبب حادث من جهة الغاصب ، بأن ذهب بها إلى طريق فيه سباع فأتلفها ونحو ذلك .

وأجمعوا أنها تضمن بالقتل^(٢) ، لأن دمها متقوم ، وضمان القتل ضمان دم ، وهي من مسائل الخلاف - والله أعلم^(٣) .

(١) في ح : « المدبرة » .

(٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بالقتل » .

(٣) في ب : « والله أعلم بالصواب » .

باب

(١)

المدير

في الباب (٢) فصلان : بيان المدير ، وبيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

المدير نوعان : مطلق ، ومقيد .

فالمطلق من تعلق عتقه بموت المولى مطلقا ، من غير قيد الموت بصفة ولا بشرط آخر سوى الموت .

والمقيد نوعان :

أحدهما - أن يكون عتقه معلقا بموت موصوف بصفة ، بأن قال : « إن مت من مرضي (٣) هذا أو من سفرى هذا » .

والثاني - أن يكون عتقه (٤) معلقا بموته وبشرط آخر (٥) سواء .

• • •

ثم التدبير المطلق له ثلاثة أنواع من الألفاظ :

أحدها - صريح اللفظ : مثل أن يقول « دبرتك » أو « أنت مدير » .

وروى هشام عن محمد رحمة الله عليهما : إذا قال لعبده « أنت (٦) مدير بعد

(١) في - : « المدير » .

(٢) في - : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٣) « مرضي » ليست في - .

(٤) « عتقه » من - .

(٥) « آخر » ليست في - .

(٦) في - : « عن محمد أنه قال : أنت »

موتى : < ف > إنه يصير مدبراً للرجال ، لأن المدبر اسم لمن يعتق عليه عن دبر موته ، فقله : « أنت مدبر بعد موتى » و « أنت حر بعد موتى ^(١) » سواء . وكذلك إذا قال « أعتقتك بعد موتى » أو « أنت حر بعد موتى ^(٢) » ، أو « أنت حر عن دبر موتى ^(٣) » .

والثانى - بلفظة اليمين : بأن قال « إن مت فأنت حر » أو « إن حدث لى حدث فأنت حر » - ونحو ذلك .

والثالث - لفظة الوصية : بأن قال « أوصيت لك برقبته » أو ^(٤) أوصى له بثلاث ماله - فيدخل فيه رقبته أو بعض رقبته ، لأن الإيصال للعبد برقبته إزالة ملكه عن رقبته ^(٥) ، لأنه لا يثبت له الملك فى رقبته فيبيع ^(٦) نفس العبد منه إعتاق ، فيصير كأنه قال « أنت حر بعد موتى » .

وأما حكم المدبر المطلق - < فنقول > :

إنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء ^(٧) حياته إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج : يعتق ثلثه ، ويسمى فى ثلثيه ^(٨) .

(١) فى ح : « أنت حر عن دبر منى » .

(٢) « أو : أنت حر بعد موتى » ليست فى ا و ب و ح .

(٣) فى ح : « عن دبر منى » .

(٤) فى ب و ح : « لذا » .

(٥) « أو بعض رقبته . . . عن رقبته » ليست فى ب .

(٦) فى الأصل و ا و ب و ح : « كبيع » - وفى الكسانى ، ٤ : ١١٣ : ١٢ :

« فهذا الطريق جعل يبيع نفس العبد ، وهبتها له ، إعتاقا » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « من آخر » .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ثلثه » . وفى الكسانى (٤ : ١٢٣ : ٢) : =

وكذلك الجواب في المدبر المقيد : إنه يعتق من الثلث .
 وأما حكمه في حالة الحياة : < ف > أنه ثبت له حق الحرية ، أو الحرية من
 وجهه ، فلا يجوز إخراجه عن ملكه إلا بالائتاق أو بالكتابة ، ولا يجوز
 فيه تصرف يبطل حقه ، أما مالا يبطل حقه : < ف > يجوز .
 ولهذا لا يجوز رهن المدبر ، لأن فيه نقل الملك في حق الحبس .
 ولو زوج المدبرة : جاز .

وكذلك لو أجره ^(١) ، لأن هذا تصرف في المنفعة .
 وكذا أكساب المدبر ، والمدبرة ، ومهرها ، وأرشها - للمولى ، لأن
 المدبر باق على ملكه

وولد المدبر المطلق حكمه حكم أمه ^(٢) : يعتق بموت المولى
 وهذا كله مذهبنا - وقال الشافعي : يجوز بيع المدبر المطلق -
 والمسألة معروفة .

وأما حكم المدبر المقيد - < فنقول > :

في حال الحياة : إنه لا يكون مدبرا حقيقة ، للحال ، حتى يجوز جميع
 التصرفات فيه .

وأما حكمه بعد الموت : فالذي علق عتقه بموت موصوف بصفة بأن

« وإذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فإن كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال
 آخر سواء يعتق كله ولا سعاية عليه ولأن لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسمى في التنوين
 لورثته » - فالمعنى أنه يعتق فيه بقدر ثلث تركته ، ويسمى في باقيه إن لم يخرج من ثلث التركة .
 (١) الهاء من ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح وفي الأصل : « أمها » .

قال « إن مت من مرضى هذا ، أو « إن مت من سفرى هذا ، أو « إن قتلت^(١) ، أو « غرقت » : فإنه إذا مات من^(٢) غير ذلك الوجه لا يعتق ، لأنه لم يوجد الشرط ، وهو الموت بصفة . وإن مات من مرضه أو سفره : فإنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته ، ولا يحتاج إلى إعتاق الورثة ، لأنه لم يتأخر عتقه عن الموت .

فأما إذا أخر عتقه عن الموت^(٣) ، بأن قال « أنت حر بعد موتى بساعة » أو « يوم » أو « بشهر » ونحوه فإنه لا يعتق بالموت ، لأنه أخر عتقه عن الموت إلى وقت ، فيكون مضافاً إلى الوقت ، فإذا جاء الوقت لا يعتق ، ولكن يعتقه الوصى أو الوارث أو القاضى ، لأن هذا وصية بالائعتاق ، لأن الميت لا يكون من أهل الإعتاق .

وكذلك^(٤) الجواب فى المدبر^(٥) الذى علق عتقه بموته وبشرط آخر : بأن قال « أنت حر بعد موتى وموت فلان » أو « إن مت أنا وفلان فأنت حر » أو قال « إن مت و^(٦) دخلت الدار » أو « إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى » : فإن وجد الشرط قبل الموت ، بأن مات فلان أو كلم فلانا : صار مدبراً مطلقاً ، لأنه بقى عتقه معلقاً بالموت ، لا غير .

(١) فى ١ : « فميت » .

(٢) فى ٢ : « فى » .

(٣) « فأما إذا أخر عتقه عن الموت » ليست فى ب .

(٤) كذا فى ب و ا . وفى الاصل و هـ : « فكذلك » .

(٥) « المدبر » من ا و ب و هـ .

(٦) فى ١ : « أو » .

وأما إذا مات هو أولاً ثم مات فلان : فإنه لا يعتق .

وكذلك ^(١) إذا مات ثم دخل العبد الدار : فإنه لا يعتق ، لأنه لم يوجد الشرطان .

وأما إذا وجد موت فلان أو دخول الدار ، فكذلك ، لأن المولى خرج من أن يكون من أهل الإعتاق بالموت ، ولكن يجعل هذا وصية بالإعتاق ، فينبغي للموصى أن يعتقه .

وما عرفت من الجواب في الموت ^(٢) الحقيقي ، فهو الجواب في الموت الحكمي ، وذلك نحو ^(٣) أن يرتد المولى ، ويلحق ^(٤) بدار الحرب ، و < ي > قضى القاضي بلحاظه ، لأن المرتد حكمه الميت في الأحكام - والله أعلم ^(٥) .

(١) زاد في ح هنا : « الجواب » .

(٢) في ب و ا : « في المدبر في الموت » .

(٣) في ح كذا : « جواب » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « لحق » .

(٥) في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب الكتابة

يحتاج^(١) في الباب إلى : تفسير الكتابة ، وإلى بيان حكمها .

أما الأول - فنقول :

الكتابة عقد مشروع ، مندوب إليه ، لأنه^(٢) سبب العتق : قال الله تعالى : « فـكـاتـبـوهم إن علمتم فيهم خيرا »^(٣) .
ثم الكتابة نوعان : حالة ومؤجلة .

أما الكتابة الحالة فجائزة عندنا - وعند الشافعي : لا تجوز ، على عكس السلم : فالسلم الحال^(٤) لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي^(٥) : السلم الحال جائز .

وأما الكتابة المؤجلة : فجائزة ، بلا خلاف .

(١) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « لأنه » من ا و ب و ح .

(٣) النور : ٣٣ والآية : « وليستغف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله والذين يفتنون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ولا تكبروها فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا لتبتنوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم » .

(٤) في ح : « للحال » .

(٥) في ب حصل تكرار مشوش لـ « تكررت عبارة » لا يجوز عندنا « عقب

« وعند الشافعي » .

وتفسيرها أن يقول الرجل لعبده « كاتبتك على ألف درهم على ^(١) »
 أن تؤدي إلى كل شهر كذا على أنك إذا أدت فأنت حر . وكذلك
 إذا قال « إذا أدت إلى ألف درهم : كل شهر منه كذا - فأنت حر » - وقبل
 العبد : فإنه يكون كتابة ، لأن معنى الكتابة ليس إلا الاعتاق على مال
 مؤجل ^(٢) منجم بنجوم معلومة ^(٣) - ولكن إنما يجوز إذا قبل بدل ^(٤)
 الكتابة ، لأنه عقد معاوضة ، فلا بد من الإيجاب والقبول .
 وكذلك لو قال ^(٥) « كاتبتك على ألف درهم » ونجمه ، وسمى النجوم ،
 وقبل العبد - فإنه يكون كتابة ^(٦) . وإن لم يعلق العتق بالأداء ، ولم يقل
 « على أنك إن أدت إلى ألفا فأنت ^(٧) حر » ، لأنه عقد معاوضة ، فيعتق
 بحكم المعاوضة ، لا بحكم الشرط .
 وعلى قول الشافعي : لا بد من ذكر التعليق بشرط الأداء .
 ولهذا - إنه لو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة : يعتق ، ولو كان معلقا
 بالأداء : لا يعتق ، بدون الشرط .

(١) في ب : « أو على » .

(٢) « مؤجل » ليست في ب .

(٣) التاء من ا و ب و ح . أي في أوقات معينة ودين منجم : جعل نجوما أي يؤدي في
 أوقات معينة (انظر المغرب والقاموس)

(٤) « بدل » ليست في ا .

(٥) « قال » من ا و ب و ح .

(٦) « كتابة » ليست في ا .

(٧) في ب : « إذا » .

(٨) التاء من ا و ب و ح .

وأما حكم الكتابة - فنقول :

أما حكمها قبل أداء الكتابة :

<ف> أن يكون أحق بمنافعه ومكاسبه، ويبقى على ملك المولى حتى لو أعتق عن كفارة يمينه، جاز، عندنا، خلافاً للشافعى - وهى مسألة كتاب الأيمان. وأجمعوا أنه لو أدى بعض^(١) بدل الكتابة، فأعتقه عن المكفارة :

لا يجوز، لأنه يصير فى معنى الإعتاق على عوض من وجه .

ولو أراد المولى أن ينعمه من الكسب : ليس له ذلك ، لأن الكسب

حق المكاتب .

ولو تزوج : لا يجوز، لأنه ليس من^(٢) باب الكسب ، وفيه ضرر .

بالمولى : بلزوم المهر فى رقبته .

ولا يجوز فيه تصرف يفضى إلى إبطال حق المكاتب ، من البيع

والشراء والإجارة والرهن ونحوها - فلا^(٣) يجوز فيه إلا الإعتاق ،

والتدبير ، لأن فيه منفعة له .

ثم عقد الكتابة لازم فى حق المولى ، حتى لا يملك فسخه إلا برضا

المكاتب ، وغير لازم فى حق المكاتب حتى إن له أن يعجز نفسه ، فيفسخ

عقد الكتابة بدون رضى المولى ، إلا أنه إذا أخل بنجم فلم يؤد وعجز

عنه ، للمولى أن يفسخ^(٤) العقد ، وروى عن أبى يوسف أنه لا يفسخ ،

(١) « بعض » ليست فى ح .

(٢) فى ب : « لأنه يصير من » .

(٣) فى ا و ب و ح : « ولا » .

(٤) « عقد الكتابة بدون ... للمولى أن يفسخ » ليست فى ح .

ما لم يخل بنجمين^(١) - لأنه لو لم يثبت حق الفسخ عند الامتناع عن الأداء ، يتضرر به المولى .

فأما حكم الأداء :

فإنه إذا أدى البدل بتمامه : يثبت العتق ، لأنه عقد معاوضة ، فنتى سلم البدل يسلم المبدل ، ويكون أ كسابه وأولاده سالمة له ، فيعتق أولاده^(٢) بعته . وكذلك إذا^(٣) أبرأه المولى عن البدل ، لأنه حق المولى ، فيقدر على إسقاطه عنه ، كما فى سائر الديون .

. . .

وإذا مات المكاتب :

< ف > إن مات عاجزاً فإنه يفسخ عقد الكتابة ، لأنه لا فائدة فى بقاءه . فأما إذا مات عن وفاء^(٤) فإنه يؤدى بدل كتابته من تركته ، فيأخذ المولى^(٥) ، فيعتق عن^(٦) آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق^(٧) أولاده ، وما فضل من التركة ، يكون ميراثاً لورثته الأحرار .

وكذلك إذا لم يترك وفاء ، ولكن ترك ولداً مولوداً فى الكتابة ، فإن الولد يقوم مقامه فى أداء البدل ، لكونه مكاتباً تبعاً له ، فإذا عجز الأصل قام التبعية مقامه ، وإذا أدى يعتق المكاتب وولده .

(١) فى ح : « بنجم » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « وأولاده »

(٣) فى ا و ب « او » .

(٤) فى ح : « وفائه » .

(٥) « فيأخذ المولى » أ يست فى ا .

(٦) فى ا و ب و ح : « فيعتق فى » .

(٧) فى ا و ب و ح : « ويعتق » .

وبين الفصلين فرق في حق بعض الأحكام على ما يعرف في الزيادات
إن شاء الله تعالى .

ولو قال لعبده « إذا أدت إلى ألف درهم فأنت حر » أو « إذا أدت
إلى قيمتك فأنت حر » - فأداه، يعتق، لأن العتق معلق بالأداء، فإذا^(١)
وجد شرطه - قال الكرخی : ولا يكون هذا كتابة ، وإن كان فيه
معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاء بالبدل ، فإنه يجبر على قبوله ،
أى يصير^(٢) المولى قابضاً له كما^(٣) في الكتابة .

وبيان التفرقة بينهما في مسائل :

- فإنه إذا مات العبد ههنا قبل الأداء ، وترك مالا ، فالمال كله للمولى ،
ولا يؤدي عنه ، فيعتق ، بخلاف الكتابة .

- وكذا لو مات المولى ، وفي يد العبد كسب ، فالعبد رقيق يورث
عنه ، مع أكسابه ، بخلاف الكتابة .

- ولو كانت هذه أمة ، فولدت ، ثم أدت ، لم يعتق ولدها^(٤) - بخلاف
المسكوبة إذا ولدت ، ثم أدت ، فعتقت ، يعتق ولدها^(٥) .

- ولو قال العبد للمولى « حط عنى مائة » فخط المولى عنه ، فأدى تسعمائة^(٦) :

(١) في ب : « بالأداء وقد » . وفي ا و ح : « بالأداء فقد » .

(٢) في ح : « بقبواه بأن يصير » .

(٣) « كما » من ا و ب و ح .

(٤) « بخلاف الكتابة ولو كانت ... ولدها » ليست في ح .

(٥) « ها » من ا و ب و ح .

(٦) في ح : « فخط المولى تسعمائة » . فليس فيها : « عنه فأدى » .

فإنه^(١) لا يعتق - بخلاف الكتابة .

- ولو أبرأ المولى العبد عن الألف : لم^(٢) يعتق . ولو أبرأ المـكاتب عن بدل الكتابة : يعتق .

- ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه : يجبر على القبول عند أبي يوسف . وقال محمد في الزيادات : لا يجبر على قبولها^(٣) ، فإن قبلها : عتق . وكذلك لو رد إليه ، بخيار أو بعيب .

ولو باع المـكاتب : لا يجوز إلا برضاه ، ومتى رضى يفسخ الكتابة . وذكر في «الأصل» : إذا قال لعبده^(٤) « إن أديت إلى ألفا فأنت حر » - <ف> إن ذلك على المجلس ، لأن العتق معلق باختيار العبد ، فكأنه قال : أنت حر إن شئت . وروى عن أبي يوسف أنه لا يقف على المجلس ، لأن^(٥) العتق معلق بالشرط^(٦) ، فلا يقف على المجلس ، كقوله : إن دخلت الدار .

وأما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة ، وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده « أنت حر على ألف درهم » فقبل العبد ، فإنه يعتق من ساعته ، ويكون البدل^(٧) واجبا في ذمته ، لأنه أعتقه

(١) الفاء من ح .

(٢) « سماعة .. عن الألف لم » ليست في ب .

(٣) في ح : « قبولها » .

(٤) الفاء من ب و ا .

(٥) « لأن » ليست في ح .

(٦) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « متعلق الشرط » . وفي ب : « معلق بشرط » .

(٧) « البدل » من ا و ب و ح .

بعوض ، فنتى قبل يزول العوض عن صاحبه كما^(١) فى البيع .
وكذا إذا قال لعبده « أنت حر على قيمة رقتك » ، فقبل ذلك :
فإنه يعتق .

وكذا لو أعتقه على مكيل أو موزون ، موصوف فى الذمة ، معلوم الجنس ، يجوز ، فإن هذا يصلح عوضاً فى البيع .

ولو أعتق على عوض بعينه^(٢) ، وهو ملك غيره : فإنه يعتق — فإن أجاز المالك : يستحق عینه ، وإن لم يجز : يجب على العبد قيمة رقبته .

وكذلك لو أعتق على عرض^(٣) ، بغير عینه ، معلوم الجنس : جاز^(٤) : فإن كان موصوفاً : فعليه تسليمه ، وإن لم يكن موصوفاً : فعليه الوسط من ذلك ، فإن جاء بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المهر .

ولو أعتقه المولى^(٥) على مجهول الجنس بأن قال « أنت حر على ثوب » : يعتق ، ويلزمه قيمة نفسه ، لأن جهالة الجنس تمنع صحة البدل ، كما فى المهر

فلو أدى إليه المرض^(٦) ، فاستحق من يد المولى : < ف > إن كان بغير عینه فى العقد : فعلى العبد مثله ، لأنه لم^(٧) يعجز عن الذى هو

(١) « كما » من اوب و ح . وفى اوب : « يزول الموض ... » .

(٢) فى ا : « على عوض فى الذمة بعينه » . وفى ح : « ولو أعتق لا على عوض لا فى

الذمة بعينه » .

(٣) فى ب و ح : « عوض » .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الاصل : « جائز » .

(٥) « المولى » من ح .

(٦) فى ب و ح : « المرض » .

(٧) « لم » ساقطة من ا .

موجب العقد . وإن كان عينا في العقد، وهو عرض^(١) أو حيوان : فإنه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد^(٢) : يرجع بقيمة المستحق .

وعلى هذا الخلاف - إذا باع نفس العبد، منه ، بجارية ، ثم استحققت الجارية أو هلكت ، قبل التسليم - فعندهما : يرجع بقيمة العبد ، وعنده : يرجع بقيمة الجارية - وهي مذكورة في الخلافات^(٣) .

(١) في ح : « عوض » .

(٢) « يرجع ... محمد » من ا و ب و ح .

(٣) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

وراء العتاقة

الولاء^(١) يثبت للمعتق بالاعتاق شرعا ، دون المعتق .

و^(٢) أصله ماروى أن رجلا سأل النبي عليه السلام فقال : «إني اشتريت عبدا فأعتقته^(٣) » فقال عليه السلام : « إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك . هو أخوك^(٤) ومولاك ، وإن مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته . »

ثم الولاء يثبت به الإيثار ، والعقل ، وولاية النكاح : قال عليه السلام : «الولاء لhme كلحمة النسب : لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث ، ثم الولاء كما يثبت بحقيقة الاعتاق ، يثبت أيضا بحق المعتق ، فإن ولاء المدبر يثبت بالتدبير لمدبره ، ولا ينتقل عنه ، وإن عتق من جهة غيره ، لأن الولاء قد ثبت بحق الحرية للمدبر ، والولاء لا يحتمل الفسخ ، ولا^(٥) يتحول عنه .

وصورة المسألة أن مدبرة بين شريكين جاءت بولد ، فادعاه أحدهما ،

(١) في ح : « قال رحمه الله : الولاء . »

(٢) الواو من ا و ب و ح .

(٣) « فقال : إني ... فأعتقته » ليست في ب . وفي ح : « فأعتقته » .

(٤) « هو أخوك » ليست في الأصل .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فلا » .

ثبت نسبه منه ، وعتق عليه ، وغرم نصيب شريكه منه ، والولاء بينهما .
وكذلك مدر بين شريكين : أعتقه أحدهما وهو موسر ، فضمن^(١) ،
عتق بالضمن ، ولم يتغير الولاء عن الشركة عند أبي حنيفة ، وعندهما : إذا
أعتق أحدهما نصيبه ، عتق جميعه ، والولاء بينهما .

ثم الولاء يثبت لكل معتق ، بأى وجه ، حصل العتق ، سواء كان
المعتق رجلاً أو امرأة ، مسلماً أو كافراً ، إلا أن الكافر لا يرث المسلم^(٢)
لكفره ، حتى لو أسلم يرث بالولاء الذى يثبت له بالاعتق .
قال عليه السلام : « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق
من أعتقن (الحديث) »^(٣) .

لكن المعتق يرث بالولاء بطريق التعصيب ، وهو آخر العصابات
عند عامة الصحابة ، وهو قول عامة العلماء : فإن لم يكن سواء ، وارث :
فالسكّل له ، وإن كان معه أصحاب الفرائض يعطى أصحاب الفرائض^(٤)
فرائضهم ، والباقي له .

وقال ابن مسعود : هو آخر ذوى الأرحام ، حتى إذا لم يكن للمعتق
أحد من الأقرباء يكون له .

(١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « بضمن » .

(٢) « المسلم » من ب .

(٣) ف ب : « من أعتقن أو كاتب من كاتبين » . وكذا الكاسانى ، ٤ : ١٦٥ :

٢٤ فالحديث فيه : « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتب من كاتبين » .

(٤) « أصحاب الفرائض » من ا .

وإذا مات المعتق فإنه لا يورث^(١) الولاء ، حتى يكون^(٢) لا أصحاب
الفرائض فرائضهم والباقي للعصبة - لما روينا أنه لا يورث ، ولكن
يكون^(٣) الولاء للذكور من عصبة المعتق : الاقرب فالأقرب على
ما يعرف في كتاب الفرائض^(٤) .

(١) كذا في اوب و هـ . وفي الأصل : « لا يرثه » .

(٢) في ب و ا : « حتى لا يكون » - وكلاما جائز فإذا قلنا « حتى يكون » فإنه يكون
تمثيلا للورثة المنفية ، وإذا قلنا « حتى لا يكون » فإنه يكون بياناً للحكم .

(٣) « يكون » من اوب و هـ . وفي هـ : « لا يورث ويكون » .

(٤) زاد في هـ : « والله أعلم » .

باب

ولاء الموالاة

الأصل^(١) في شرعية عقد^(٢) الموالاة قوله تعالى : « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم »^(٣) .

وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يد رجل وقال له « أنت مولاي : ترثني إذا مت ، وتعقل عني إذا جنيت » ، وقال الآخر « قلت » : فينقذ بينهما عقد الموالاة^(٤) .

وكذا إذا قال : « واليتك » ، وقال الآخر : « قلت »^(٥) .

وكذلك إذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يديه .

وكذلك اللقيط : إذا عقد مع غيره عقد موالاة .

وشرط صحة عقد الموالاة أن لا يكون للعاقدة وارث مسلم .

وإذا انعقد عقد^(٦) الموالاة ، يصير مولى له ، حتى لو مات ، ولم يترك

(١) في ح : « قال رحمه الله : الأصل » .

(٢) في ح : « ولواء » .

(٣) النساء : ٣٣ : « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم إن الله كان على كل شئ شهيدا » .

(٤) « فينقذ ... الموالاة » من أ و ب و ح .

(٥) « وكذا ... قلت » من ب و ا . وفي ح كذا : « وكذا قال في الترك وقال الآخر :

قلت » ، وفي الشلبي على الزيلعي (١٨٠ : ٥) هذا النص عن التحفة كما هو هنا .

(٦) « عقد » من أ و ب و ح .

وارثا ، يكون ميراثه لمولاه^(١) ، ولو^(٢) جنى يكون عقله عليه ، وبلى عليه في الجملة^(٣) .

وللمولى الأسفل أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم^(٤) يعقل المولى الأعلى عنه ، فإذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء إلى غيره ، وصار العقد لازما ، إلا إذا اتفقا على النقض .

ولو أراد أحدهما نقض الموالاة^(٥) ، بغير محضر من صاحبه لم ينتقض . ولو كان رجلا ن ليس لها وارث مسلم ، وهما مسلمان ، في دار الإسلام ، فوالى أحدهما صاحبه ثم والاه^(٦) الآخر : فعند أبي حنيفة يصير الثاني مولى للأول^(٧) ويبطل ولاء الأول ، وعندهما : كل^(٨) واحد منهما مولى لصاحبه . فهما يقولان إن الجمع بين الولاءين ممكن ، فإنه يجوز أن يكون شخصان كل واحد منهما يرث من صاحبه ويعقل عنه ، كالأخوين وابني الأم ، فلا يتضمن صحة أحدهما انتقاض الآخر ، بل يثبتان جميعا : وأبو حنيفة يقول إن المولى الأسفل تابع للمولى الأعلى ، وهو فوقه^(٩) ، كالمعتق

(١) في ح : « لوليه » .

(٢) في ب : « واولا » .

(٣) في ح كذا : « عقله عليه في الحماية » ا هـ .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « بولائه إلى غيره العقد لازما إلا إذا اتفقا على النقض ولو أراد أحدهما ما لم ... » وفي ب العبارة كلها كما بلى : « والمولى الأسفل أن يتحول بالولاء إلى غيره وصار العقد لازما إلا إذا اتفقا على النقض » ا هـ .

(٥) « المولاة » من ا و ب و ح .

(٦) في ح كذا : « أحدهما لصاحبه وولاه » .

(٧) في ا و ح : « مولى الأول » .

(٨) « كل » من ا و ب و ح . (٩) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « وقومه » .

تابع للمعتق ، ولهذا يلى الأعلى على (١) الأسفل ويعقل عنه ، ولا يجوز أن يكون التابع متبوعا لمتبوعه ، والمتبوع تبعاً لتبعه ، وإذا لم يحز الجمع بينهما فيتضمن صحة الثانى انتقاض الأول .

ثم مولى الموالاة آخر الورثة حتى إذا لم يكن للميت أحد من الورثة (٢) ، قريب أو بعيد ، يرث ، وإلا فلا - وهذا عندنا .

وقال الشافعى : إنه لا يرث بولاء (٣) الموالاة ، ويكون ماله لبيت المال . وعلى هذا الخلاف : لو أوصى بجميع ماله لا إنسان ، ولا وارث له : يصح عندنا - وعند الشافعى : لا يصح - وهى مسألة كتاب الفرائض (٤) ،

(١) « على » من ا و ب و ح .

(٢) « من الورثة » ليست فى ح .

(٣) فى ح و ب : « مولى » .

(٤) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الأيمان

ذكر^(١) محمد في «الأصل» وقال: الأيمان ثلاثة: يمين تكفر،
ويمين لا تكفر، ويمين زجو^(٢) أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها.

أما اليمين^(٣) التي تكفر

فهي اليمين على أمر في المستقبل.

وهي أنواع: إما أن يعقد على ما هو متصور الوجود عادة^(٤)، أو
على ما هو مستحيل غير متصور الوجود أصلاً، أو على ما هو متصور الوجود
في نفسه لكن لا يوجد على مجرى العادة - وهذه الجملة قد تكون في
الاثبات وقد تكون في النفي، وتكون مطلقة وموقوتة.

أما النوع الأول:

<ف> إن كان في الإثبات مطلقاً بأن قال «والله لا كلن هذا الرغيف»
أو «لآتين البصرة»: فما دام الخالف والمخالف عليه قائمين، فهو على يمينه،

(١) في ح: «قال رحمه الله: ذكر».

(٢) في ح: «أرجو».

(٣) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: «الأيمان». انظر فيما بعد الأنواع الأخرى

حيث يقول: «اليمين» (مس ٤٣٥ و ٣٦٠).

(٤) في ح: «الوجود في نفسه عادة».

لتصوّر البر، وهو الفعل مرة في العمر، فإذا هلك أحدهما صار تاركاً للبر، فيبحث في يمينه.

وإن كان في موضع النفي مطلقاً بأن قال «والله لا آكل هذا الرغيف» أو «لا أدخل هذه الدار»: <ف> إن^(١) فعل مرة حنث، لأنه فات البر. وإذا هلك الحالف أو^(٢) المحلوف عليه قبل الفعل: لا يبحث، لأن شرط بره هو الامتناع عن الفعل، ولا يتصور ذلك <الفعل> بعد هلاك الحالف أو هلاك المحلوف عليه^(٣).

وأما الموقّعة صريحاً في الإثبات، كقوله «والله لا أكل هذا الرغيف اليوم»: <ف> إن مضى اليوم، والحالف والمحلوف عليه قاتمان، يبحث في يمينه، لأنه فات البر، لفوات^(٤) وقته المعين.

أما إذا هلك أحدهما في اليوم: <ف> إن هلك الحالف قبل مضى اليوم: لا يبحث بالإجماع^(٥). وإن هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضى اليوم: أجمعوا أنه لا يبحث في الحال ما لم يمض اليوم، ولا تجب الكفارة، حتى لو عجل الكفارة لا يجوز. واختلفوا فيما إذا مضى اليوم: قال

(١) «إن» من أوب و ح .

(٢) في ح : «و» .

(٣) في أ و ح : «لأن شرط بره هو الامتناع وأن لا يوجد الفعل من جهته وقد تقرر لعدم بالهلاك» أ ه .

(٤) في ب : «بفوات» .

(٥) كذا في أوب و ح . وفي الأصل : «... قبل مضى اليوم لا يبحث بالإجماع وإن هلك المحلوف عليه، وهو الرغيف، قبل مضى اليوم، لا يبحث بالإجماع . وإن هلك المحلوف عليه وهو الرغيف ...» وهو تخليط من الناسخ نشأ عن تكرار عبارة «قبل مضى اليوم» .

أبو حنيفة ومحمد: لا يحنث في يمينه. وقال أبو يوسف: يحنث و^(١) تجب الكفارة. وعلى هذا^(٢) الخلاف - إذا قال: «والله لا أقضين دين فلان غدا»، فقضاه، اليوم، أو أبرأه صاحب الدين، اليوم، ثم جاء الغد. وكذلك على هذا - في اليمين^(٣) بالطلاق^(٤) والعناق، بأن قال: «إن لم أشرب هذا الماء اليوم فامرأته طالق»^(٥) أو عبده حر، ثم أهرى الماء قبل مضي اليوم: لا يحنث عندهما، حتى لا يقع الطلاق^(٦) والعناق عند مضي اليوم، وعنده يحنث عند مضي اليوم^(٧).

وحاصل الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين^(٨) عندهما، وعند أبي يوسف: ليس بشرط، إنما الشرط أن يكون اليمين على أمر في المستقبل على ما ذكر، فلها^(٩) كان تصور البر شرطاً عندهما لانعقاد اليمين، فيكون شرطاً لبقائها، فإذا هلك المحلوف عليه، خرج البر من أن يكون متصوراً، فتبطل اليمين، فإذا مضى الوقت، فوجد شرط الحنث، ولا يمين، فلا يحنث، كما إذا^(١٠) هلك الحالف، وعنده: لما لم يكن تصور البر شرطاً

(١) «و» من أ ب و ح .

(٢) «هذا» من أ ب و ح .

(٣) في ب: «اليمين» . وفي ح: «وكذلك هذا واليمين» .

(٤) «بالطلاق» ليست في أ .

(٥) في ح: «إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق» .

(٦) «الطلاق» ساقطة من ح .

(٧) «لا يحنث عندهما حتى . . . عند مضي اليوم» ليست في ب .

(٨) في أ و ح: «لانعقاد البر» .

(٩) في أ: «لما» .

(١٠) في ب: «فلا يحنث فإذا هلك» .

الانعقاد ، لا يكون شرط البقاء ، فتكون باقية ^(١) ، فوجد الحنث ^(٢) في آخر اليوم ، والحالف من أهل وجوب الكفارة ، فيلزمه ، بخلاف ما إذا مات الحالف ، لأنه وجد شرط الحنث ، لكن الحالف ليس من أهل وجوب الكفارة ^(٣) بعد الموت : فلا يجب ^(٤) .

وأما إذا حلف على النفي بأن قال « والله لا آكل هذا الرغيف اليوم » : فإن مضى اليوم قبل الأكل ، بر في يمينه ، لأنه وجد ترك الأكل في اليوم كله . وإن هلك الحالف أو ^(٥) المحالوف عليه بر في يمينه أيضا ، لأن شرط البر عدم الأكل ، وقد تحقق .

. . .

وأما إذا عقد اليمين على فعل لا يتصور وجوده أصلا ^(٦) :

بأن قال : « والله لا شرب الماء الذي في هذا الكوز » وليس في الكوز ^(٧) ماء ، < ف > لا ينعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ، وعند أبي يوسف : ينعقد ، ويحنث للحال - فهما يقولان : إن اليمين يعقد ^(٨) للبر ، ثم تجب الكفارة ، لرفع حكم الحنث ، وهو الإثم ، فإذا لم يكن البر متصورا ،

(١) في ح : « البقاء فلا يكون اليمين باقية » .

(٢) في ب : « تصور البر شرطا لانعقاد اليمين فتكون اليمين باقية فوجد شرط الحنث » .

(٣) « فيلزمه بخلاف ... وجوب الكفارة » ليست في ب .

(٤) في ا و ح : « فلا يحنث » .

(٥) في ا و ب و ح : « و » .

(٦) « أصلا » ليست في ح .

(٧) كذا في ا و ب . وفي الأصل و ح : « وليس فيه » .

(٨) في ح : « ينعقد » .

فلا يتصور الخنث ، فلا فائدة في انمقاد اليمين .

وعلى هذا الخلاف ^(١) إذا قال « والله ^(٢) لا أقتل فلانا » وهو لا يعلم بموته ، لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التي كانت ، وقد فاتت بحيث لا يتصور عودها . فأما إذا كان عالما بموته ^(٣) : فإنه تنمقد اليمين بالاجماع ، لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التي تحدث فيه ، فيكون البر متصورا ، لكنه خلاف المعتاد ، فيكون من القسم الثالث - هكذا فصل في الجامع الصغير ، وهو الصحيح .

• • •

ونظير القسم الثالث أيضاً :

إذا قال « والله لا أصعدن السماء » أو « لأحولن هذا الحجر ذهباً » أو « لأشربن ماء دجلة كله » - لأن البر متصور على خلاف العادة : فباعتبار التصور تنمقد اليمين في الجملة ^(٤) ، وباعتبار العجز من حيث العادة يحنث في الحال .

فأما إذا وقت اليمين فقال « والله لا أصعدن السماء اليوم » :
<ف> عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : يحنث ^(٥) في آخر اليوم ، لأن البر يجب في الموقته في آخر اليوم ، ويكون الوقت ظرفاً ، لأنه يفضل عنه .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل كذا : « وعلى هذا الخلاف لا كانت وقد كانت بحيث لا يتصور إذا قال » .

(٢) « والله » ليست في ا .

(٣) « بموته » من ا و ب و ح .

(٤) في ح : « فباعتبار القصور في الجملة ينمقد اليمين » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « يجب » .

وعند^(١) أبي يوسف يحنث، للحال، لتحقيق العجز للحال - و^(٢) هو الصحيح من مذهبه . وإنما يتأخر الحنث إلى آخر الوقت^(٣) عنده فيما إذا كان الفعل متصورا من حيث العادة ثم فات بسبب هلاك المحلوف عليه كما ذكرنا . ونوع آخر من اليمين في المستقبل^(٤) : ما تكون موقته^(٥) دلالة ، وهي تسمى **يمين الفور**^(٦) ، وهي كل يمين خرجت جوابا للكلام ، أو بناء على أمر ، فتتقيد بذلك ، بدلالة الحال - كمن قال لآخر « تعال تغد معي » فقال « والله لا أتغدى » ولم يتغد معه ، وذهب إلى بيته وتغدى ، لا يحنث في يمينه ، استحسانا ، خلافا لزفر .

وكذلك إذا أرادت امرأة إنسان أن تخرج من الدار فقال لها « إن خرجت فأنت طالق » فتركت الخروج ساعة^(٧) ثم خرجت ، لا يحنث ، ويتقيد^(٨) بتلك الحال - ولهذا نظائر .

وأما اليمين التي لا تنكفر

فهي **يمين الغموس** - وهي اليمين الكاذبة ، قصدا - في الماضي : كقوله « والله

(١) في ح : « وعن » .

(٢) « و » من ح . وفي ا و ب : « هذا هو » .

(٣) « إلى آخر الوقت » ليست في ح .

(٤) في ب : « اليمين المستقبل » وفي ح : « اليمين والمستقبل » .

(٥) في ح : « موقوتة » .

(٦) في ح : « يمين اللغو » . وفي الكسائي (٣ : ١٣ : ٣) : « وأما المؤقت دلالة فهو المسمى بيمين

الفور... وهو أن يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال تدل على تقييد الشرط بالفور » .

(٧) في ا : « الخروج من ساعته » .

(٨) في ب : « ويتقيد الخروج » .

لقد دخلت هذه الدار ، وهو ^(١) يعلم أنه مداخلها . وفي الحال : نحو قوله ^(٢) لرجل « والله إنه عمرو » مع علمه أنه زيد - ونحوها ^(٣) .

وحكمها وجوب التوبة والاستغفار ، دون الكفارة بالمال ، عندنا .
وعند الشافعي : تجب الكفارة بالمال - وهي مسألة معروفة .

وأما اليمين التي برجى ^(٤) فيها عدم المؤاخذة

فهي اليمين الكاذبة خطأ ، وهي تسمى يمين ^(٥) اللغو ، كمن قال « والله ما دخلت هذه الدار » ، وعنده كذلك ^(٦) ، والأمر بخلافه . أو رأى طيرا ^(٧) من بعيد ، فظن أنه غراب فقال « والله إنه لغراب » فإذا هو حمام ^(٨) . ولا حكم ^(٩) لهذه اليمين أصلا .

وقال الشافعي : يمين اللغو ^(١٠) هي اليمين التي تجرى على لسان الحالف ، من غير قصد : « لا والله » و « بلى والله » أو كان يقرأ القرآن فجري على لسانه اليمين ^(١١) .

(١) « وهو » من ا و ب و ح .

(٢) في ح : « ما دخلها في نحو قوله » .

(٣) في ب : « ونحوه » .

(٤) في ب : « نرجو » .

(٥) « يمين » من ا و ب و ح .

(٦) في ح : « وهو كذلك عنده » .

(٧) في ب و ا : « طائرا » .

(٨) « أو رأى طيرا ... فإذا هو حمام » ليست في ح .

(٩) في ب : « لاحكم » . وفي ح : « لا كفارة » .

(١٠) « اللغو » ساقطة من ح .

(١١) زاد في ا : « والله أعلم » .

باب ألفاظ اليمين

اليمين^(١) خمسة أنواع :

يمين بالله تعالى صريحاً ، وهى نوعان : يمين بأسمائه ، ويمين بصفاته .

والثالث : يمين بالله تعالى ، بطريق الكناية .

والرابع : اليمين بالله تعالى من حيث المعنى .

والخامس : اليمين بغير الله تعالى صورة ، ومعنى .

أما اليمين بأسماء الله تعالى^(٢)

فالحلف بكل اسم من أسمائه بأن قال : « بالله » أو « والله » أو « تالله » أو « الله »^(٣) ، أو « الرحمن »^(٤) ، أو «^(٥) الرحيم »^(٦) ، أو « بالعالم »^(٧) ، أو «^(٨) القادر » ونحو ذلك - لأن من أسماء الله تعالى ما يكون^(٩) خاصاً^(١٠) لا يجوز

(١) فى ح : « قال رحمه الله : اليمين » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « أما اليمين بالله تعالى » .

(٣) فى ا : « لله » . وفى ح : « والله » . راجع السكاسانى ، ٣ : ٥ : ٨ من أسفل .

(٤) فى ح : « بالرحمن » .

(٥) « أو » من ا و ب .

(٦) فى ا و ب : « أو بالرحمن أو بالرحيم » .

(٧) فى ا : « أو بالعلم » .

(٨) الحمزة من ا و ب و ح .

(٩) فى ح : « تعالى لا يكون » .

(١٠) فى ا : « خاصة » .

إطلاقه على غير الله تعالى ، ومنها ما يجوز ، لكن متى ذكر في موضع القسم ، والقسم لا يجوز بغير الله ، فكان المراد به اسم الله تعالى .

وأما الحلف بصفاته

فأقسام ثلاثة :

أحدها - أن يذكر صفة لا تستعمل إلا في الصفة ، في عرف الناس ، كقولهم ^(١) « وعزة الله - وعظمته - وجلاله - وكبريائه » . وإن كان ^(٢) يستعمل صفة لغيره ، لكن < تعين > ^(٣) كون صفة الله تعالى مراداً به ، بالاضافة إلى الله تعالى تنصيها .

والقسم الثاني - أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله ، ولغيره ، وتستعمل في غير الصفة ، لكن لا يكون استعماله في غير الصفة ، غالباً ، بحيث تسبق الأفكار إليه عند الذكر ، نحو قولهم : « وقدرة الله - وقوته - وإرادته - ومشيتته » ونحو ذلك ، فيتعين صفة لله تعالى ، مقسماً به ^(٤) ، بدلالة ذكر القسم .

ومن هذا القسم « وأمانة الله » ^(٥) ، في ظاهر الرواية ، خلافاً لما ذكره الطحاوي : أنه لا يكون يمينا وإن نوى ، و ^(٦) خلافاً لما روى عن أبي يوسف : أنه لا يكون يمينا .

والقسم الثالث - أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله تعالى ، ولغيره ،

(١) في ح : « كقوله » . (٢) في ح : « كانت » .

(٣) في ب و ح : « تنير » . وفي أ تشبه أن تكون كذلك ولكنها بدون نقط .

(٤) في أ كذا : « غير مقسماً به » .

(٥) في أ و ب : « وأمان الله » . (٦) في أ و ح : « خلافاً » .

وتستعمل في غير الصفة لكن على وجه غلب استعماله فيه بحيث لا تسبق
 الا لفهام إلا إلیه عند الذكر مطلقا . وذلك نحو قولهم « وعلم^(١) الله » ،
 « ورحمة الله » ، « وكلام الله » وكذا الرضا والغضب والسخط^(٢) ، فإنه
 يذكر العلم ويراد به^(٣) المعلوم غالبا ، وكذا الرحمة : تذكر ويراد بها^(٤)
 الجنة وآثار الرحمة من النعمة والسعة .

فعمدنا : إن نوى به اليمين يكون يمينا ، وإن لم ينو لا يكون يمينا .
 وقال الشافعي : يكون يمينا^(٥) ، كسائر صفاته ، بدلالة القسم .
 وعلى هذا قال في ظاهر الرواية : « وحق الله لا أفعل كذا » لا يكون يمينا
 ما لم ينو ، لأنه يستعمل في العرف في الحق المستحق لله تعالى على عباده .
 ولو قال « والحق لا أفعل كذا » يكون يمينا ، لأنه اسم من أسماء
 الله تعالى : قال الله تعالى : « ويعلمون أن الله هو الحق المبين »^(٦) .
 ولو قال^(٧) « حقا » بالفارسية : اختلف المشايخ فيه .

ثم في اليمين بأسماء الله تعالى وصفاته — إذا ذكر القسم ، والمقسم به ،

(١) « علم » ساقطة من ح . ففيها : « والله » .

(٢) زاد في ح هنا : « والعلم » .

(٣) في ب : « ومراده به » . وفي أ : « ومراد به » .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل و أ : « به » .

(٥) « وقال الشافعي : يكون يمينا » ساقطة من ح .

(٦) سورة النور : ٢٥ . والآيتان ٢٤-٢٥ : « يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم

بما كانوا يعملون » . يومئذ يوفيه الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين » .

(٧) في ح : « كان » .

والخبر ، باللفظ المستعمل في الحال^(١) بأن قال : « حلفت بالله أو أقسمت بالله^(٢) لا أفعلن كذا » يكون يميننا بلا خلاف .

فأما إذا ذكر القسم^(٣) باللفظ المستقبل^(٤) بأن قال « أحلف بالله » أو « أقسم بالله لا أفعلن كذا^(٥) » أو « أشهد بعزة الله تعالى لا أفعلن كذا » يكون يميننا عندنا . وعند الشافعي : لا يكون يميناً إلا بالنية .

والصحيح^(٦) قولنا ، لأن هذا في العرف يراد به الحال ، كقولهم « أشهد أن لا إله إلا الله » ونحو ذلك .

وأما إذا ذكر القسم ، والخبر^(٧) ، ولم يذكر القسم به ، بأن قال « أشهد » أو « أحلف » أو « أقسم لا أفعلن كذا » يكون يميناً عند علمائنا الثلاثة ، نوى أو لم ينو .

وقال زفر : إن نوى يكون يميناً .

وقال الشافعي : لا يكون يميناً ، وإن نوى .

والصحيح قولنا ، لأن ذكر القسم والخبر دليل على مقسم محذوف ، وهو اسم الله تعالى .

. . .

(١) في أ و ح : « في الماضي » .

(٢) « أو أقسم بالله » من أ و ب و ح .

(٣) « القسم » من أ و ب و ح .

(٤) في ح : « باللفظ المستعمل في المستقبل » .

(٥) « كذا » ليست في ح .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فالصحيح » .

(٧) « والخبر » ليست في أ و ح .

هذا إذا ذكر المقسم به مرة واحدة ، فأما إذا ذكر مكررا ، بأن قال : « والله و^(١) الله » أو « والله الرحمن الرحيم إن فعلت كذا » : ذكر في الجامع الكبير : إن لم يدخل بين الاسمين حرف عطف يكون يمينا واحدة ، وإن دخل بينهما حرف عطف يكون يمينين^(٢) . وفيه اختلاف الروايات . والصحيح ما ذكر في الجامع^(٣) ، ولهذا يستعمل على باب القضاة هذه اليمين : « والله الرحمن الرحيم الطالب الغالب^(٤) المدرك » . فأما إذا ذكر الخبر معه مكررا بأن قال « والله لا أفعل كذا ، لا أفعل^(٥) » ، أو « والله لا أكلم فلانا ، والله لا أكلمه » فإنه يكون يمينان^(٦) لانه وجد تكرار صيغة^(٧) اليمين - إلا إذا أراد^(٨) بالكلام الثاني الخبر عن الأول ، فإنه يكون يمينا واحدة . وكذا في اليمين بالطلاق والعقاق : على هذا .

وأما اليمين بالله تعالى من حيث الكناية

نحو قول الرجل « هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من

(١) الواو من ا و ب و ح .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « يميننا »

(٣) فى ب : « فى الجامع الكبير » .

(٤) « الغالب » ليست فى ا .

(٥) فى ا : « والله لا أفعل كذا ، الله لا أفعل كذا » . وفى ح : « والله لا أفعل كذا ،

أو قال : والله لا أفعل كذا » . وفى ب : « والله لا أفعل كذا » فقط .

(٦) فى ا و ب : « يمينين » . وفى ح : « يمينين » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « لانه وجد تكرارا صفة اليمين » .

(٨) فى ب : « أريد » .

الإسلام أو كافر بالله ونحو ذلك إن فعل^(١) كذا ، - يكون يمينا ، وإن فعل يلزمه الكفارة ، استحسانا .

وقال الشافعى : لا يكون يمينا ، قياسا .

وجه قولنا أن^(٢) الناس تعارفوا الحلف بهذه الألفاظ من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا^(٣) من غير تكير . مع أن اليمين بغير الله معصية - دل أنها كناية عن اليمين بالله فى العرف ، وإن لم يعقل معنى^(٤) كقولهم «لله على أن أضرب ثوبى»^(٥) حطيم الكعبة ، كناية عن النذر بالصدقة فى عرفهم ، وإن لم يعقل وجه الكناية - كذا هذا .

وأما إذا قال « هو يهودى أو نصرانى »^(٦) إن كنت فعلت كذا فى الماضى^(٧) « كاذبا ، قصدا ، لا يلزمه الكفارة عندنا .

ولكن هل يكفر^(٨) ؟ اختلف المشايخ فيه^(٩) .

والصحيح أنه لا يكفر - كذا روى الحاكم الشهيد عن أبى يوسف ، لأن قصده ترويح كلامه دون الكفر^(١٠) .

(١) كذا فى ح . وفى الاصل واوب : « فعلت » .

(٢) « وجه قولنا أن » من ح . وفى الاصل واوب : « قياسا لأن الناس » .

(٣) « هذا » من اوب وح .

(٤) فى اوب وح : « معناه » .

(٥) فى ب : « بثوبى » .

(٦) « أو نصرانى » من ب وح .

(٧) فى ح : « .. » إن فعلت كذا فى اليمين » .

(٨) « هل يكفر » ليست فى ب .

(٩) « المشايخ فيه » من اوب وح .

(١٠) انظر الهامش ٣ من الصفحة المقبلة .

وكذا إذا قال « يعلم الله أنه فعل كذا » وهو يعلم أنه لم يفعل : لا رواية له ، و^(١) اختلف المشايخ فيه^(٢) . والصحيح أنه لا يكفر^(٣) . وقيل : هذا إذا كان عنده أنه^(٤) لا يكفر ، فأما إذا كان عنده^(٥) أنه يكفر : إذا حلف به في الماضي أو^(٦) في المستقبل وحنث في يمينه : إنه يكفر ، لأنه بالاقدم عليه صار مختاراً للكفر ، واختيار الكفر كفر .

وأما اليمين بغير الله تعالى صورة ومعنى^(٧)

بأن حلف بالاسلام أو بأندياء الله تعالى أو بملائكته أو بالكمبة أو بالصلاة والصوم والحج أو قال « عليه سخط الله »^(٨) وعذابه ، لا يكون يمينا ، ولا^(٩) يجب عليه الكفارة .

وأما اليمين^(١٠) بغير الله تعالى وهي يمين بالله تعالى معنى :

فهو الحلف بذكر الشرط والجزاء ، لأنه مانع^(١١) عن تحصيل الشرط وحامل على البر ، بمنزلة ذكر اسم الله تعالى ، وذلك نحو^(١٢) قولهم « إذا

(١) « و » من ب و ا .

(٢) « فيه » من ب و ا .

(٣) « كذا روى الحاكم الشهيد . . . والصحيح أنه لا يكفر » ليست في ح . راجع

المهامش ١٠ من الصفحة السابقة

(٤) « أنه » من ا و ب و ح .

(٥) « عنده » ليست في ا .

(٦) في ح : « و » .

(٧) في ب : « وأما اليمين بغير الله تعالى صورة وهي يمين بالله تعالى معنى » .

(٨) زاد في ب هنا : « وغضبه » .

(٩) في ب : « فلا » . (١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وأما الحلف » .

(١١) في ب : « لا مانع من » . (١٢) « نحو » ليست في ح .

دخلت هذه الدار فأنت طالق» ^(١) أو «إن دخلت» أو «متى دخلت» أو «إذا مادخلت» أو «متى مادخلت»: إذا وجد المدخول: طلقت، لأن هذه حروف الشرط، وقد ^(٢) وجد الشرط ^(٣) فيحدث في يمينه. ولو دخلت ثانياً ^(٤) لا تطلق، لأن هذه الحروف لا تقتضى التكرار.

ولو قال «كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق» ^(٥) فدخلت الدار، تطلق. ولو دخلت ثانياً وثالثاً: تطاق عند كل دخلة طلقة ^(٦) واحدة، لأن كلمة «كلما» توجب ^(٧) تكرار الأفعال.

وإذا طلقت ثلاثاً ^(٨) فتزوجت بزواج آخر، وعادت إليه، ثم دخلت الدار ^(٩) في المرة الرابعة، لا تطاق، لأن محل الجزاء قد فات. ولو قال «كل امرأة أتزوجها فهي طالق» فتزوج امرأة: تطلق، لوجود الشرط، ولو تزوجها ^(١٠) ثانياً لا تطلق.

ولو تزوج امرأة أخرى تطلق ^(١١)، لأن كلمة «كل» توجب عموم

(١) «فأنت طالق» من ب و ح.

(٢) كذا في ا و ح. وفي الأصل: «فقد».

(٣) «الشرط» من ا و ح.

(٤) في ح: «ثانية» وليست في ا.

(٥) «أو إن دخلت أو متى دخلت... دخلت هذه الدار فأنت طالق» ليست في ب.

(٦) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: «تطلق».

(٧) في ب: «تقتضى».

(٨) «ثلاثاً» من ا و ب و ح.

(٩) «الدار» من ا و ب و ح.

(١٠) «ولو تزوجها» ليست في ح. وانظر الهامش التالي

(١١) «لوجود الشرط... أخرى تطلق» ليست في ب.

الأشياء، ولا توجب عموم الأفعال وتكرارها^(١).

ولو جمع بين الشرطين لا يقع الطلاق إلا بوجودهما : فإن جمع بحرف العطف بأن قال «إن دخلت هذه الدار وهذه الدار» فلا يقع إلا بدخول الدارين، سواء قدم الشرط أو أخر، أو كان متوسطا. ويستوى الجواب بين أن يدخل الدار المذكورة أولا أو الثانية، لأن حرف الواو لمطلق الجمع، ولعطف الشيء على جنسه، فيكون الشرط معطوفا على الشرط لا على الجزء^(٢).

وإن عطف بحرف^(٣) الفاء فقال «إن دخلت هذه الدار فهذه الدار»^(٤) فأنت طالق، فالمدخل الدارين على الترتيب بأن تدخل الأولى ثم الثانية: لا يبحث، لأن حرف^(٥) الفاء لا يجمع على سبيل الترتيب والتعقيب بلا فصل. ويستوى الجواب بين تقدم الشرط وتقدم^(٦) الجزء وتوسطه^(٧).

ولو عطف بحرف «ثم» فقال: «إن دخلت هذه الدار ثم هذه الدار»: فالمدخل^(٨) الدارين، الأولى ثم الأخرى، بعد^(٩) ساعة أو^(٩) أكثر من

(١) كذا في ح و ا . وفي الأصل و ب : « وتكراره » .

(٢) في ح كذا : « إلا على الجزء » .

(٣) « بحرف » من ب و ح . وفي ا : « حرف » .

(٤) « فهذه الدار » من ا و ب و ح .

(٥) « حرف » من ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وتقديم » .

(٧) في ا و ح : « أو تقدم... أو توسطه » .

(٨) في ا : « تدخل » .

(٩) في ا و ح : « من بعد » .

(١٠) الممزة من ب .

ذلك : لا يَحْثُ ، لأنَّ حرف « ثَم » للترتيب على طريق التأخير .

وكذلك إذا أعاد حرف العطف مع الفعل في هذه الفصول بأن قال « إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار ^(١) » : فالجواب لا يختلف . وكذلك في حرف الفاء وحرف « ثَم » .

ولو ^(٢) قال « والله لا أكلم ^(٣) فلانا » ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر « والله لا أكلم فلانا ^(٤) » أو قال لامرأته « إن دخلت هذه الدار فأنت طالق » ثم قال بعد ذلك « إن دخلت هذه الدار فأنت طالق » أو قال « والله لا أدخل هذه الدار » ثم قال بعد ذلك « على حجة إن دخلت هذه الدار » و ^(٥) « عبدي ^(٦) » حر إن دخلت هذه الدار » فهذا على ثلاثة أوجه : إما أن لا ^(٧) يكون له نية ، أو نوى بالثانية التغليظ والتشديد ، أو نوى بالثانية الأولى :

— فإن لم يكن له نية ، فهما يمينان ، حتى لو دخل الدار ^(٨) مرة

(١) « ودخلت هذه الدار » من ا و ب و ح .

(٢) « لو » ليست في ح و ا .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « لا أعلم » .

(٤) كذا في ب . وفي الاصل : « لا أعلم » . « ثم قال في ذلك المجلس . . . لا أكلم فلانا »

ليست في ح و ا .

(٥) « و » من ب .

(٦) في ا : « عبدك » .

(٧) « لا » من ا و ب و ح .

(٨) « الدار » من ب .

يلزمه كفارتان في اليمين بالله تعالى ، وفي اليمين بالطلاق يقع طلقتان ، ويكون الدخول شرطاً في اليمينين^(١).

وإن نوى به التغليظ ، فكذلك ، لأن التغليظ في أن يكون يمينين^(٢) ، حتى يلزمه كفارتان ، ويقع طلاقان^(٣) .

وإن نوى بالثانية الأولى ، كانت يميناً واحدة ، لأنه نوى التكرار ، وهو مستعمل في العرف للتأكيد^(٤) - إلا أن في^(٥) مسألة الطلاق لا يصدق في القضاء^(٦) .

(١) في ا و ب و ح : « في اليمين » .

(٢) « يمينين » ليست في ح و ا .

(٣) في ا : « طلاق » .

(٤) « للتأكيد » ليست في ب . وفي ا و ح : « مستعمل في حرف التأكيد » .

(٥) « في » ليست في ا و ح .

(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

(١)

الخروج والدخول

رجل^(٢) قال لامرأته « أنت طالق^(٣) » إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو برضاي أو بملهي أو بأمرى أو بغير إذني أو بغير رضاي - فهذا كله^(٤) سواء^(٥) : إذا خرجت بغير إذنه ، أو بغير رضاه ، أو علمه ، أو أمره : حدث .

وهنا ثلاث^(٦) فصول : أحدها هذا .

والثاني - أن يقول « إلا أن آذن لك^(٧) » أو « حتى أَرْضى » .

والثالث - أن يقول « إلا أن آذن لك » أو « إلا أن أَرْضى^(٨) »

(١) في ب : « باب الدخول والخروج » .

(٢) في ح و ا : « قال رحمه الله : رجل » .

(٣) « أنت طالق » ساقطه من ا و ح .

(٤) « كله » من ا و ب و ح .

(٥) « سواء » ساقطة من ا و ح .

(٦) « ثلاث » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « حتى آذن لك » وانظر الهامش التالي .

(٨) في ب : « أو أن لا أَرْضى » . أما في ح ففيها تخليط لاذ فيها : « والثاني أن يقول إلا إذا آذن لك أو لم أن أَرْضى أما في الأول حتى أَرْضى أو حتى آذن والثالث أن يقول » وسيتبين هذا التخليط من التفصيل الآتي عند قوله « وأما الثاني » وقوله « وأما الثالث » - انظر فيما يلي ص ٤٤٩ و ٥٠٠ .

أما في الأول (١):

<ف> يشترط الإِذن في كل مرة، لأنه حرم عليها (٢) الخروج عاماً، واستثنى (٣) خروجاً موصوفاً بصفة : وهو أن يكون مأذوناً فيه من جهته. فإذا وجد خروج بإِذن فهو خروج مستثنى عن يمينه ، فلا يكون داخلًا تحت اليمين (٤)، فلا يحث (٥).

وإذا خرجت بعد ذلك بغير إِذن (٦)، يحث، لأن هذا ليس بخروج مستثنى ، واليمين باقية ، فيحث - نظيره : إذا قال لامرأته « إن خرجت إلا بملحفة (٧) - أو : إلا راكبة - فأت طالق » : فإن وجد الخروج المستثنى ، لا يحث ، وإن وجد لا (٨) على ذلك الوصف ، يحث ، لأن المستثنى غير داخل في اليمين ، وغير المستثنى داخل ، فيحث ، لوجود الشرط .

وأما الثاني - بكلمة «حتى» :

<ف> يكتفى فيه بالإِذن مرة ، وتسقط اليمين .

(١) « أما في الأول » ليست في ح و ا وإنما فيهما كما تقدم « وإثبات أن يقول بشرط الإِذن » - راجع الهامش السابق .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عليه » .

(٣) في ا و ب و ح : « واستثناء » .

(٤) « فإذا وجد خروج . . . اليمين » ليست في ح و ا .

(٥) « فلا يحث » من ب . وفي ح و ا : « ولا يحث » - راجع الهامش السابق .

(٦) في ب : « بغير إذنه » .

(٧) في ب : « ملتحف » . وفي المصباح : الملحفة بالكسر هي المسلاة التي تلتحف بها المرأة .

(٨) « لا » ليست في ا و ح .

وإذا خرجت بغير إذن^(١)، يحنث ، لأنه جعل الإِذن غاية ليمينه ،
لأن كلمة « حتى » كلمة^(٢) غاية ، فلا تبقى^(٣) اليمين بعد وجود الغاية ، فوجد
الخروج الذى هو شرط الحنث ، ولا يمين ، فلا يحنث . وقبل الإِذن :
اليمين باقية ، فيحنث بالخروج .

وأما الثالث - « إلا أن^(٤) آذن لك » :

فعند عامة العلماء : هذا بمنزلة قوله « حتى » .

وقال الفراء^(٥) من أهل النحو : هذا وقوله « إلا بإذنى » سواء^(٦) .

وتجى^(٧) هذه الفصول بالفارسية :

- ترا طلاق آكر پيرُون آى آزين سرائى مَكْرَ بَدَسْتُورِى مَن^(٨) .

يا كُويَد : پيرُون آى آزين سرائى بى دَسْتُورِى مَن^(٩) .

- أو يقول : ترا طلاق آكر پيرُون آى آزين سرائى تا مَن .

دَسْتُورِى دِهَم تَرَا^(١٠) .

(١) فى ب : « بغير إذن » .

(٢) « كلمة » ليست فى ب .

(٣) « فلا تبقى » من ا و ب و ح . وفى الاصل : « غاية تنهى » .

(٤) « أن » من ا و ب و ح .

(٥) هو يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور المعروف بالفراء . ولد بالكوفة سنة ١٤٤ هـ .

وأقام ببغداد . وتوفى سنة ٢٠٧ هـ . وكان إمام الكوفيين وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب .
وكان مع ذلك فقيها متكلما (ياقوت ، معجم الأدياب . وخير الدين الزركلى ، الاعلام) .

(٦) « آذن لك فعند عامة العلماء . . . سواء » ليست فى ب و ا .

(٧) « وتجى » ليست فى ب .

(٨) ترجمتها : أنت طالق إن ذهبت خارج هذه الدار إلا بإذنى .

(٩) ترجمتها : أو يقول : ذهبت خارج هذه الدار بغير لذننى .

(١٠) ترجمتها : أو يقول : أنت طالق لأن خرجت من هذه الدار حتى أمنحك الإذن .

— أو يقول: تَرَا سَه طلاقاً كَرَّ آزِينِ سِرَائِي بِيرُونِ آتِي مَكْرُ
مَنْ دَسْتُورِي دِهَمُ تَرَا^(١) .

ولو أراد بقوله «إِلا بِأَذْنِي» : «حتى آذن لك» - يصح نيته، حتى لو
أذن^(٢) لها مرة: سقطت يمينه، لأن بين الغاية والاستثناء مشابهة - ولكن
قل: يدين فيما بينه وبين الله تعالى، دون القضاء، لأنه خلاف الظاهر .
ولو أراد بقوله «حتى آذن لك»^(٣) : «إِلا بِأَذْنِي» - صحت نيته ،
ويصدق في القضاء، لأنه نوى ما يحتمله كلامه^(٤) ، وفيه تشديد على نفسه .

ولو أذن لها مرة ، في قوله «إِلا بِأَذْنِي»^(٥) ، ثم نهاها عن الخروج ،
قبل أن تخرج من الدار بإذنه ، يصح نهيه ، حتى لو خرجت بعد ذلك ،
بغير إذنه ، يحنث في يمينه ، لأنه صح رجوعه عن الإِذْنِ^(٦) ، واليمين
باقية ، فجعل كأنه لم يأذن .

(١) ترجمتها : أو يقول : أنت طالق ثلاثاً إن ذهب خارج هذه الدار إلا أن
أعطيك الإذن .

ملاحظة : قام لنا بمراجعة هذه العبارات باللغة الفارسية وترجمة معانيها تلميذنا رضوان على
الندوي (الهندى) الطالب بالصف الرابع بكية الشريعة - وبين النسخ خلافات لفظية رأينا عدم
الإشارة إليها اكتفاء بإثبات الصحيح في المتن .

(٢) في ا و ح : « حتى لو قال » . و « لو » ساقطة من ب .

(٣) « لك » من ا و ب و ح .

(٤) « كلامه » من ب .

(٥) « في قوله : إِلا بِأَذْنِي » ليست في ح و ا .

(٦) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « عن النهي » . وفي ح : « عن الأول » .

وفى مسألة «حتى» : إذا^(١) أذن ثم نهاها قبل الخروج^(٢) ، فخرجت بغير إذنه ثانيا : لا يحنث ، لأن اليمين سقطت بالإذن ، فلا يعتبر النهى بعد ذلك . ثم الحيلة فى قوله « إن خرجت من هذه الدار إلا بإذنى » حتى لا يقع الطلاق متى لم يأذن لها عند كل خروج ، أن يقول لها : « كلما شئت الخروج^(٣) فقد أذنت لك » حتى يثبت الإذن فى كل خروجه وجدت ، لأن كلمة « كلما » توجب التعميم والتكرار .

وروى المعلى^(٤) عن محمد رحمه الله أنه قال فى قوله « إلا بإذنى » : إذا قال الزوج « قد أذنت لك عشرة أيام » فخرجت^(٥) مرارا^(٦) فى العشرة : فإنه لا يحنث .

وكذلك لو قال « قد أذنت لك أبدا أو الدهر كله »^(٧) : فهذا إذن منه فى كل مرة .

ولو أنه إذا أذن لها إذنا عاما ، ثم نهاها عن الخروج بعد ذلك نهيا عاما ، عن الخرجات كلها - هل يعمل نهيه ؟ روى عن محمد أنه يعمل ، لأن النهى فى الإذن الخاص يعمل ، فكذلك فى الإذن العام^(٨) .

(١) « إذا » ليست فى ب .

(٢) « وفى مسألة حتى . . . الخروج » ليست فى ح .

(٣) « الخروج » ليست فى ا و ح .

(٤) راجع ترجمته فى الهامش ٩ ص ٣٠ من الجزء الأول .

(٥) كذا فى ا و ح . وفى الأصل و ب : « فدخلت » .

(٦) « مرارا » ليست فى ا و ح .

(٧) فى ح : « أو الدهر وفى مسألة حتى إذا أذن لها ثم نهاها قبل الخروج صح كاه » .

(٨) انظر الهامش التالى .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : لا يعمل نبيه^(١) ، لأنه بالاذن العام صارت^(٢) الخرجات كلها^(٣) مأذونا فيها .. والشرط هو الخروج الحرام ، فصار الشرط بحال لا يتصور وجوده ، فلا^(٤) تبقى اليمين ، فلا^(٥) يصح النهي بعد ذلك ، بخلاف الإذن الخاص .

ولو قال^(٦) : « إن خرجت إلا بإذن فلان ، فمات فلان قبل الإذن : تبطل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : اليمين باقية ، حتى لو خرجت بعد ذلك يحنث ، كما ذكرنا في مسألة الكوز^(٧) .

ولو أذن لها بالخروج من حيث لا يسمع^(٨) في المسألة الأولى ، فخرجت بعد الإذن : فإنه يحنث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله : لا يحنث .

فأبو يوسف^(٩) يقول : إن هذا إذن من وجه دون وجه^(١٠) ، فإنه لا يحصل ما هو المقصود بالاذن ، وهو العلم المسموع^(١١) ، وشرط الحنث

(١) « روى عن محمد ... لا يعمل نبيه » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٢) التاء من اوب و ح .

(٣) « كلها » ليست في ا و ح .

(٤) و (٥) في ح : « ولا » .

(٦) « قال » من اوب و ح .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٤٣٣ .

(٨) في ا : « لا تسمع » .

(٩) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « قال أبو يوسف يقول » . وفي ح : « فأبى يوسف » .

(١٠) « دون وجه » ليست في ح .

(١١) في اوب : « بالمسموع » .

هو الخروج من غير إذن مطلقا ، فلا يحنث بالشك . وهما يقولان : إنه حرم عليها الخروج عاما ، واستثنى خروجاً مأذونا فيه مطلقا ، وهذا^(١) مأذون من وجه ، فلم يكن هذا خروجاً مستثنى ، فبقى داخلا تحت الحرمة . ولو حلف رجل على زوجته أو على عبده ، أو سلطان حلف رجلا أن لا يخرج من الدار أو الكورة^(٢) إلا بإذنه ، فبانت المرأة ، أو^(٣) زال العبد عن ملكه ، أو^(٤) عزل السلطان عن عمله ، ثم خرجوا ، بغير الإذن ، لم يحنث ، وسقطت اليمين ، وتتوقت^(٥) اليمين ببقاء الولاية ، بدلالة الحال ، فإذا زالت الولاية ، انتهت اليمين .

وعلى هذا الغريم : إذا حلف المطلوب أن لا يخرج من بلده إلا بإذنه ، فإن خرج وعليه دين : يحنث . وإن خرج بعد القضاء والبراء : لا يحنث - وتقيدت اليمين ببقاء الدين - وهذا من جملة يمين الفور على ما مر^(٦) .

ولو قال لامرأته « إن خرجت من البيت فأنت طالق » ، فخرجت من البيت إلى صحن الدار ، يحنث ، لأن البيت غير الدار ، لأن البيت اسم لمُسَقَّف واحد ، والدار اسم لمحدود يجمع^(٧) البيوت والمنازل .

وعلى هذا : إذا قال « إن دخل فلان بيتك » فدخل صحن^(٨) دارها ،

(١) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل : « وهو » .

(٢) الكورة الصَّقْع ويطلق على المدينة (المصباح) .

(٣) و (٤) الهمة من أو ح .

(٥) في ب : « وتتوقف » . وفي أو ح : « وتسقط اليمين وتتوقف » .

(٦) راجع فيما تقدم ص ٤٣٥ .

(٧) كذا في أ . وفي الأصل و ح : « بجمع » . وفي ب : « لجميع » .

(٨) « صحن » ليست في أو ح .

دون بيتها ، لم يحنث - ولكن هذا فى عرفهم ، فأما فى عرفنا فإن اسم البيت بالفارسية مطلقا يطلق ^(١) على الدار والمنزل ، فيحنث .

وإن قال : « إن خرجت من هذه الدار » ، فخرجت من هذه ^(٢) الدار من أى ^(٣) باب كان ، و ^(٤) من أى موضع كان ^(٥) : من فوق حائط أو سطح أو نقب ، حنث ، لأن المراد ^(٦) الخروج من الدار و ^(٧) قد وجد ، وهو الانفصال من الباطن إلى الظاهر .

ولو قال : « إن خرجت من باب هذه الدار ، فأنت طالق » فخرجت من أى ^(٨) باب كان ، حنث فى يمينه ^(٩) ، سواء كان من الباب القديم أو ^(١٠) الذى يحدث بعد اليمين ، لأنه ^(١١) ذكر الباب مطلقا . ولو خرجت من السطح أو من ^(١٢) فوق حائط أو نقب ، لا يحنث ، لأنه ليس ياب . ولو عين الباب فقال « إن خرجت من هذا الباب » : لا يحنث ما لم

(١) فى ا و ح : « ينطاق » .

(٢) « هذه » من ا و ح .

(٣) « أى » من ا و ب و ح .

(٤) « و » ليست فى ا و ب و ح . وفى ب : « أو » .

(٥) « كان » من ا و ح .

(٦) « المراد » من ا و ح .

(٧) الواو من ا و ح .

(٨) « أى » من ا و ب و ح .

(٩) « فى يمينه » من ب .

(١٠) الهزمة من ا و ب و ح .

(١١) الهاء من ا و ب و ح .

(١٢) « من » من ا و ح .

تخرج من ذلك الباب الممين^(١)، وإن خرجت من باب آخر ، لا يحنث^(٢) .
لأن في التعمين فائدة في الجملة ، لأنه ربما يكون لذلك الباب الممين^(٣)
منفذ إلى الطريق الأعظم دون الثاني .

ولو قال « إن خرجت من هذه الدار إلا في أمر كذا » فخرجت
في ذلك الأمر مرة^(٤) ، ثم خرجت لأمر آخر ، يحنث ، لأنه حرم
عليها جميع الخرجات إلا خروجاً^(٥) موصوفاً بصفة ، فإذا وجد منها
الخروج المستثنى لا يحنث ، وإن وجد خروج آخر، يحنث^(٦) ، وإن غنى
به الخروج مرة يصح ويصير « إلا » عبارة عن « حتى » مجازاً ، كأنه قال
« إن خرجت من هذه الدار، حتى تخرج في^(٧) أمر كذا » - فإذا خرجت
في^(٨) ذلك الأمر : يسقط اليمين ، لوجود الغاية ، لكن لا يدين في
القضاء ، لأنه خلاف الحقيقة .

ولو قال « إن خرجت من الدار مع فلان فأنت طالق » فخرجت
وحدها أو مع غير فلان ، ثم خرج فلان ولحقها : لم يحنث ، لأن حرف
« مع » للصحبة والقران ، ولم يوجد عند الخروج ، والدوام على الخروج

(١) « الممين » من ا و ح .

(٢) « لا يحنث » ليست في ا و ب و ح .

(٣) « الممين » ليست في ا و ح .

(٤) « مرة » ليست في ا و ب و ح .

(٥) في ا و ح : « الخرجات واستثنى خروجاً » .

(٦) في ب : « وإن وجد خروج لم يحنث » .

(٧) و (٨) في ا و ح : « من » .

ليس بخروج^(١)، وإن وجد بقاء الخروج مع فلان .

ولو قال « إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق » فدخلت في^(٢)
صحن الدار أو^(٣) في بيت علو أو كنيف شارع إلى الطريق الأعظم ،
فإنه لا يحنث ، لأن هذا لا يسمى خروجاً من الدار .

ولو قال لها وهي خارجة من الدار « إن خرجت من الدار » : لا يحنث .
وكذلك إذا كانت في الدار فقال « إن دخلت هذه الدار » : لا يحنث -
ويقع على خروج ودخول^(٤) مستأنف .

وبمثلها لو^(٥) قال « إن قت ، أو قعدت ، أو لبست ، أو ركبت » وهي قاعدة ،
أو قائمة ، أو راكبة ، أو لابسة - فدامت على ذلك^(٦) ساعة^(٧) - يحنث .
وهذا^(٨) كله مذهبنا - وقال الشافعي في الدخول والخروج : إنه

يقع على الدوام .

والصحيح قولنا ، لأن^(٩) الخروج هو الانتقال من الباطن إلى

(١) في ا و ح : « ليس بنى » .

(٢) في ا و ح : « من » .

(٣) « أو » من ب .

(٤) « ودخول » ليست في ا و ح .

(٥) في ح : « ولو » .

(٦) « على ذلك » ليست في ا و ح .

(٧) « ساعة » ليست في ب .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وكذا » .

(٩) في ا و ح : « لأن » .

الظاهر والدخول على عكسه^(١) ، وهذا مما لا دوام له^(٢) ، وأما الركوب ونظائره : < ف > فعل له دوام ، فيكون له حكم الابتداء . وكذا إذا قال لها ، وهي في الأكل والضرب^(٣) : « إذا »^(٤) أكلت - أو ضربت - فأنت طالق ، فدامت على ذلك : يقع ، لأن كل جزء من هذا الفعل يسمى أكلا وضرباً .

ولو قال لامرأته ، وهي حائض أو مريضة ، « إن حضت أو مرضت فأنت طالق »^(٥) : فإنه يقع على الحادث ، في العرف . ولو نوى ما يحدث من الحيض في هذه المدة ، أو يزداد من^(٦) المرض : يصح ، لأن الحيض ذو أجزاء : يحدث حالاً فحالاً ، فتصح نيته .

ولو^(٧) قال « إن حضت غدا » ، وهو لا يعلم أنها حائض ، فإنه يقع على الحيض الحادث . وإن كان يعلم : فإنه يقع على هذه الحيضة إذا دام الحيض^(٨) منها إلى أن يطلع الفجر ، واستمر ثلاثة أيام ، لأنه لما علم أنها حائض وقد حلف^(٩) ، فقد أراد استمرار الحيض ، ومالم يكن ثلاثة أيام لا يكون حيضاً .

(١) في ا و ب و ح : « والدخول عكسه » .

(٢) في ا : « عليه » .

(٣) زاد هنا في الأصل و ب : « فقال » .

(٤) في ا و ب و ح : « إن » .

(٥) « فأنت طالق » من ا و ح .

(٦) « من » من ب .

(٧) في ا و ح : « أو » .

(٨) في ح : « الحيضة ازداد الحيض » .

(٩) في ا و ح : « وحلف » .

ولو حلف أن لا^(١) يدخل دارا أو بيتا أو مسجدا أو حماما ، فالدخول هو الانفصال من خارج ذلك الشيء إلى داخله ، فعلى أى وجه دخل : من الباب أو غيره ، حنث ، لوجود الدخول ، فإن نزل إلى^(٢) سطحها : حنث ، لأنه منها . وكذا إذا قام على حائطها ، لأن الدار اسم لما تدور عليه الدائرة ، وفى عرفنا لا يحنث .

ولو قام على ظِلَّة^(٣) لها شارع ، أو كنيف شارع : إن كان مفتوحه^(٤) فى الدار ، حنث . لأنه ينسب إليها . وإن قام على أُسْكُفَّة^(٥) الباب : إن كان الباب إذا غلق كانت الأُسْكُفَّةَ خارجة منه ، لم يحنث ، وإن بقيت من داخل الدار حنث . ولو دخل دهليز الدار ، حنث ، لأنه من داخل الدار^(٦) . ولو دخل^(٧) ظِلَّةَ باب الدار ، لا يحنث ، لأنها اسم للخارج . وإن أدخل الحالف إحدى رجليه فى الدار لا غير ، لا يحنث ، لأنه لم يوجد الدخول مطلقا . وكذا إذا^(٨) أدخل رأسه دون قدميه .

ولو حلف^(٩) لا يدخل دارا ، فدخل دارا بعد انهدامها ، ولا بناء لها : لا يحنث .

(١) « أن » من ا و ح .

(٢) فى ا و ح : « على » .

(٣) الظِّلَّةُ شئ كالصُّفَّة يستتر به من الحر والبرد (القاموس) .

(٤) فى ب : « إن كانت مفتوحة » . وفى ح : « أو كان مفتوحا » . وفى ا : « إن كان مفتوحا » .

(٥) الأُسْكُفَّة خشبة الباب التى يوطأ عليها (القاموس) .

(٦) فى ا و ح : « لأنه فى الدار » . وفى ب : « لأنه فى الداخل » .

(٧) « ولو دخل » ساقطة من ب .

(٨) فى ا و ح : « لو » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ولو قال » .

الظاهر والدخول على عكسه^(١) ، وهذا مما لا دوام له^(٢) ، وأما الركوب ونظائره : < ف > فعل له دوام ، فيكون له حكم الابتداء . وكذا إذا قال لها ، وهي في الأكل والضرب^(٣) : « إذا »^(٤) أكلت - أو ضربت - فأنت طالق ، فدامت على ذلك : يقع ، لأن كل جزء من هذا الفعل يسمى أكلا وضرباً .

ولو قال لامرأته ، وهي حائض أو مريضة ، « إن حضت أو مرضت فأنت طالق »^(٥) : فإنه يقع على الحادث ، في العرف . ولو نوى ما يحدث من الحيض في هذه المدة ، أو يزداد من^(٦) المرض : يصح ، لأن الحيض ذو أجزاء : يحدث حالاً فحالاً ، فتصح نيته .

ولو^(٧) قال « إن حضت غدا » ، وهو لا يعلم أنها حائض ، فإنه يقع على الحيض الحادث . وإن كان يعلم : فإنه يقع على هذه الحيضة إذا دام الحيض^(٨) منها إلى أن يطلع الفجر ، واستمر ثلاثة أيام ، لأنه لما علم أنها حائض وقد حلف^(٩) ، فقد أراد استمرار الحيض ، ومالم يكن ثلاثة أيام لا يكون حيضاً .

(١) في ا و ب و ح : « والدخول عكسه » .

(٢) في ا : « عليه » .

(٣) زاد هنا في الأصل و ب : « فقال » .

(٤) في ا و ب و ح : « إن » .

(٥) « فأنت طالق » من ا و ح .

(٦) « من » من ب .

(٧) في ا و ح : « أو » .

(٨) في ح : « الحيضة ازداد الحيض » .

(٩) في ا و ح : « وحلف » .

ولو حلف أن لا^(١) يدخل دارا أو بيتا أو مسجدا أو حماما ، فالدخول هو الانفصال من خارج ذلك الشيء إلى داخله ، فعلى أى وجه دخل : من الباب أو غيره ، حنث ، لوجود الدخول ، فإن نزل إلى^(٢) سطحها : حنث ، لأنه منها . وكذا إذا قام على حائطها ، لأن الدار اسم لما تدور عليه الدائرة ، وفي عرفنا لا يحنث .

ولو قام على ظِلَّة^(٣) لها شارع ، أو كنيف شارع : إن كان مفتوحه^(٤) فى الدار ، حنث . لأنه ينسب إليها . وإن قام على أُسْكُفَّة^(٥) الباب : إن كان الباب إذا غلق كانت الأُسْكُفَّةَ خارجة منه ، لم يحنث ، وإن بقيت من داخل الدار حنث . ولو دخل دهليز الدار ، حنث ، لأنه من داخل الدار^(٦) . ولو دخل^(٧) ظِلَّةَ باب الدار ، لا يحنث ، لأنها اسم للخارج . وإن أدخل الحالف إحدى رجله فى الدار لا غير ، لا يحنث ، لأنه لم يوجد الدخول مطلقا . وكذا إذا^(٨) أدخل رأسه دون قدميه .

ولو حلف^(٩) لا يدخل دارا ، فدخل دارا بعد انهدامها ، ولا بناء لها : لا يحنث .

(١) « أن » من ا و ح .

(٢) فى ا و ح : « على » .

(٣) الظِّلَّةُ شئ كالصُّفَّةِ يستتر به من الحر والبرد (القاموس) .

(٤) فى ب : « إن كانت مفتوحة » . وفى ح : « أو كان مفتوحا » . وفى ا : « إن كان مفتوحا » .

(٥) الأُسْكُفَّةُ خشبة الباب التى يوطأ عليها (القاموس) .

(٦) فى ا و ح : « لأنه فى الدار » . وفى ب : « لأنه فى الداخل » .

(٧) « ولو دخل » ساقطة من ب .

(٨) فى ا و ح : « لو » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ولو قال » .

ولو قال « والله^(١) لا أدخل هذه الدار » ثم دخلها بعد ذهاب البناء :
يبحث ، لأن البناء وصف مرغوب معتاد للدار ، فمتى ذكر منكر يقع على
الدار المتعارف ، وفي المعين^(٢) لا يعتبر الصفة ، ويعتبر المعين^(٣) ، واسم
الدار يقع عليه^(٤) بعد الانهدام .

ولو قال « لا أدخل هذا المسجد » فدخل بعد ذهاب البناء : يبحث ،
لأنه مسجد ، وإن لم يكن مبنيا - وقالوا : إذا صعد سطح المسجد : يبحث ،
لأنه مسجد^(٥) .

ولو حلف لا يدخل بيتا ، أو هذا البيت . فدخله بعد ذهاب بنائه ،
لا يبحث ، لأنه اسم للبنى^(٦) المسقف .

وإن حلف أن لا يدخل بيتا ، فدخل^(٧) مسجدا ، أو الكعبة^(٨) ، أو بيعة ،
أو كنيسة^(٩) ، أو بيت نار ، أو حماما ، أو دهليزا ، أو ظلة باب دار -
لا يبحث ، لأن هذه الأشياء لا تسمى بيتا في العرف . وإن دخل صفة^(١٠) :
يبحث - وهذا في عرف أهل الكوفة ، لأن الصفة عندهم بيت له

(١) « والله » من ا و ح .

(٢) في ا و ح : « وفي المعنى » .

(٣) في ا و ب و ح : « المعين » .

(٤) « عليه » من ا و ح . وفي الأصل و ب : « واسم الدار يبقى بعد الانهدام » .

(٥) « وإن لم يكن مبنيا . . . لأنه مسجد » ليست في ا و ح .

(٦) زاد هنا في ح : « و » .

(٧) « بيتا فدخل » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « كعبة » .

(٩) في ب : « أو بيعة النصارى أو كنيسة اليهود » .

(١٠) في التاموس : الصفة موضع مُظَلَّل .

أربع حوائط ، أما التي هي صفة في عرفنا: <ف> لا يحنث .

ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار - لا يحنث ، ما لم يدخل من الباب القديم .

ولو حلف لا يدخل من باب الدار^(١) ، فمن أى باب دخل : حنث ، إلا إذا أراد به الباب المعروف : فيدين^(٢) فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء .

ولو حلف لا يدخل دار فلان ، فدخل دارا بين رجل وبين فلان^(٣) : <ف> إن كان فلان ساكنا فيها : حنث ، لأنه لو كان ساكنا فيها بالاجارة يحنث - وههنا أولى . وإن لم يكن ساكنا : لا يحنث^(٤) ، لأن الدار مضافة إليهما ، لأن بعض الدار لا يسمى دارا .

ولو حلف لا يزرع أرض فلان ، فزرع أرضا بين فلان وبين آخر : حنث ، لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضا .

ولو حلف لا يدخل بيت فلان ، ولا نية له ، فدخل صحن داره ، وفلان ساكن فيها^(٥) ، لا يحنث ، حتى يدخل البيت . وإن نوى بقوله

(١) « لا يدخل من باب الدار » ليست في ح في هذا الموضع وقد قدمت هذه العبارة فيها خطأ فجاءت في المسألة السابقة قبيل « الباب القديم » .

(٢) الفاء من ب .

(٣) في ا و ح : « دار فلان وغيره » .

(٤) في ح : « وإن لم يكن ساكنا فيها بالاجارة يحنث » . وفي ب : « وإن لم يكن ساكنا لأن الدار » .

(٥) في ا و ح : « صحن دار فلان فيها ساكن » .

لا يدخل^(١) بيت فلان ، مسكنه ، يحث - وهذا على عرفهم^(٢) .

ولو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً أو عابر سبيل : فإن دخل وهو لا يريد الجلوس ، لا يحث ، لأنه استثنى الدخول بصفة الاجتياز . وإن دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده ، يحث ، لأن هذا^(٣) غير مستثنى ، وإن دخل لا يريد الجلوس ، ثم بداله بعدما دخل فجلس^(٤) : لم يحث ، لأنه لم يحث بدخوله ، والبقاء على الدخول ليس بدخول . وإن نوى بقوله « لا يدخلها إلا^(٥) مجتازاً » النزول فيها والدوام ، لا يحث بالجلوس ، لأنه يقال دخلت عابر سبيل بمعنى أنه لم يدم على الدخول ولم يستقر .

ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج منها ، فالسكنى أن يسكنها بنفسه ، وينقل إليها من متاعها يتأث به ويستعمله في منزله ، فإن كان له أهل ينقله أيضاً^(٦) ، فإذا فعل ذلك فهو ساكن ، وهو حاث في يمينه ، لأن السكنى هو الكون^(٧) في المكان على طريق الاستقرار والمداومة ،

(١) في ا و ح : « وإن أراد بقوله : لا أدخل » .

(٢) في ح : « وعلى هذا عرفهم » . وفي ا : « وهذا في عرفهم » .

(٣) « هذا » من ح و ا . وفي ب : « لأنه غير » .

(٤) في ا و ح : « أن يجلس » .

(٥) « إلا » ليست في ا و ب و ح . و « مجتازاً » غير واضحة فيها .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل خطأ إذ وضعت فيه عبارة « وهو خارج منها »

على عبارة « فإن كان له أهل ينقله أيضاً » وضعت هذه محل تلك .

(٧) في ا و ح : « هو السكون » .

وذلك يكون بما يسكن به عادة : ألا ترى أن من جلس في المسجد وبات فيه ، لم يكن ساكنا للمسجد ، ولو أقام بما يتأث (١) به ، يوصف بكونه ساكن المسجد ، فكان معتبرا في اليمين .

ولو كان الرجل ساكنا في دار ، وحلف لا يسكنها ، فإنه لا يبر في يمينه ، ما لم ينتقل بنفسه وأهله وولده ومتاعه ، ومن بأوئها لخدمته ، وللقيام بأمره في (٢) منزله ، لأن السكني في الدار بهذه الأشياء ، فكان ترك السكني فيها ، بضدها ، فإذا لم يأخذ في النقلة (٣) من ساعته ، مع الإمكان ، يحنث في يمينه ، ولو أخذ في النقلة (٤) من ساعته (٥) : لا يحنث ، وإن كان فيه < من > السكني (٦) قليل ، لأنه (٧) لا يمكن الاحتراز عنه (٨) ، فكان مستثنى دلالة - وهذا عندنا ، خلافا لرفر .

ولو انتقل بنفسه ، ولم ينتقل بمتاعه وأهله ، قال أصحابنا : يحنث . وقال الشافعي : لا يحنث .

والصحيح قولنا ، لما قلنا إن السكني في المكان بما يسكن به عادة ،

(١) في اوب و ح : « ولو أقام فيه ما يتأث به » .

(٢) في ب : « وفي » .

(٣) كذا في ح و ا . وفي الاصل و ب : « بالنقلة » .

(٤) كذا في ب و ا . وفي الاصل : « بالنقلة » .

(٥) « مع الإمكان يحنث ... من ساعته » ليست في ح .

(٦) في اوب و ح : « فيها سكاني » .

(٧) « لأنه » من اوب و ح .

(٨) « عنه » من اوب و ح .

وبأهله إن كان له أهل ، فكان ترك السكنى بترك^(١) الكل - بخلاف ما إذا حلف لا يسكن في بلد كذا، فخرج منه وترك أهله فيه، لم يحنث - لأن في العادة لا يقال لمن بالبصرة وأهله بالكوفة إنه ساكن بالكوفة، فأما إذا انتقل بنفسه وأهله ومتاعه وترك من أثاثه شيئاً قليلاً، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : يحنث^(٢) ، وقال أبو يوسف : إذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتاً أو بعض الدار على ما يتعارف الناس، لا يحنث . وكان أصحابنا رحمهم الله يقولون : معنى قول أبي حنيفة : إذا ترك شيئاً يسيراً ، عني^(٣) به ما يسكن به، ويعتمد به في التأثيث. فأما لو خلف فيها^(٤) وتدا أو مكينة : لم يحنث . فإن منع من التحول ومنعوا متاعه وأوثقوه وقهروه ، فإنه لا يحنث ، وإن أقام على ذلك أياماً ، لأنه ليس بساكن ، وإنما هو مسكن^(٥) عن إكراه .

وقال محمد رحمه الله : إذا خرج من ساعته ، وخلف متاعه كله في المسكن ، ومكث في طلب المنزل أياماً ثلاثة^(٦) . فلم يجد ما يستأجر، وكان^(٧) يمكنه أن يخرج من المنزل ويضع متاعه خارجاً من الدار : لا يحنث ،

(١) كذا في ١ . وفي الأصل و ح : « يترك » . وفي ب : « ترك » .

(٢) في ح و ا : « لا يحنث » .

(٣) في ب و ا : « أعني » .

(٤) في ح و ا : « خلف وترك فيها » .

(٥) « إنما هو مسكن » من ب . وفي ح و ا : « وإنما هو يسكن » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لياها ثلاثاً » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فكان » .

لأن هذا من عمل النقلة^(١) عادة، لأن المعتاد أن ينتقل من منزل إلى مقصده منزل ، لا أن^(٢) يلقي متاعه على الطريق .

وقال محمد : لو كان الساكن موسراً و^(٣) له متاع كثير ، وهو يقدر على أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ، فلم يفعل ، وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول ، ومكث في ذلك سنة، وهو لا يترك الاشتغال بالنقل - فإنه^(٤) لا يحث ، لأنه لا يلزمه الانتقال بأسرع الوجوه .

ولو قال «عنت به أن لا أسكن»^(٥) بنفسى : «ف» في المسألة الأولى : فيما لم يكن ساكناً فيها ، يصدق في القضاء ، لأنه شدد على نفسه . وفي المسألة الثانية : فيما إذا^(٦) كان ساكناً فيها^(٧) ، يصدق فيما^(٨) بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأنه نوى خلاف الظاهر والمادة^(٩) .

ولو حلف لا يدخل على فلان ، ولم يسم شيئاً : فإنه يحث إذا كان يقصده بالدخول . وإن لم يقصده ، بالدخول^(١٠) : لا يحث - ولهذا قلنا : إذا دخل عليه في بيت رجل آخر ولم يقصده بالدخول ، لا يحث ، لأن

(١) في ا و ح : « النقل » . والنقلة اسم بمعنى الانتقال (المنجد) .

(٢) في ب و ح : « إلا أن » . وفي ا : « لأن » .

(٣) في ح : « أو » .

(٤) « فإنه » من ا و ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يسكن » .

(٦) « إذا » من ب .

(٧) « فيها » ليست في ا و ح .

(٨) « يصدق فيها » من ا و ب و ح .

(٩) في ا : « خلاف ظاهر المادة » . وفي ح : « نوى بخلاف الظاهر المادة » .

(١٠) « بالدخول » من ا و ح .

بهذا الاستخفاف^(١) به وترك إكرامه^(٢)، وذلك لا يكون إلا مع القصد .
 وذكر ابن سماعة في نوادره ضد هذا ، فقال في رجل^(٣) قال «والله
 لا أدخل على فلان بيتاً» فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولا يعلم به الحالف -
 فإنه حاث بدخوله ، لأن الشرط وجد ، والعلم بشرط الحنث^(٤) ليس
 بشرط في الحنث^(٥) ، كمن حلف لا يكلم زيدا ، فكلمه ، وهو لا يعرفه^(٦) -
 إلا أن ظاهر المذهب ما ذكرنا .

ولو دخل عليه في مسجد أو ظُلة أو سقفة أو دهليز دار : لم يحنث ،
 لأن الدخول المعتاد على الإنسان للزيارة في البيوت خاصة . وفي عرف
 بخارى : يحنث في المسجد ، لأنهم يجلسون فيه للزيارة .

ولو دخل عليه^(٧) في خيمة أو فسطاط أو بيت شعر : لم يحنث ، إلا
 أن يكون المحلوف عليه^(٨) من أهل البادية ، لأن الدخول على غير البدوي
 في البيوت^(٩) ، وفي حق البدوي ما هو بيوتهم : من الشعر^(١٠) .

(١) في ب و ح : « الاستخفاف » .

(٢) في ب : « الإكرامة » .

(٣) في ب : « يقال رجل » . وفي ا و ح : « فقال : رجل » .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « بشرط الخيار » . وفي ا : « والعلم شرط الحنث » .

(٥) « ليس بشرط في الحنث » ليست في ب .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يعرف » .

(٧) و (٨) « عليه » ليست في ا و ح .

(٩) في ب : « في غير البيوت »

(١٠) العبارة في الكسائي (٣ : ٤١ : ١٨) : « فإن دخل عليه في فسطاط أو

خيمة أو بيت شعر : لم يحنث ، إلا أن يكون الحالف من أهل البادية لأنهم يسمون ذلك بيتا ،
 والتحويل في هذا الباب على العرف والمادة » .

ولو دخل في^(١) داره ، والرجل في البيت ، لم يحنث ، لأنه ليس بدخول عليه .

ولو كان في صحن الدار ، حنث ، لأنه دخول عليه عادة^(٢) .

ولو دخل الحالف^(٣) داراً ليس فيها^(٤) فلان ، فدخل فلان تملك الدار : لا يحنث ، لأنه ما دخل على فلان ، بل فلان دخل عليه ، فلا يحنث^(٥) و^(٦) .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « عن » .

(٢) كذا في ح و ا . وفي الاصل : « لأنه دخل عادة » . وفي ب : « لأنه دخل عليه عادة » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « على الحالف » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فيه » .

(٥) « عليه فلا يحنث » ليست في ا و ح . و « فلا يحنث » ليست في ب .

(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » .

باب الأكل والشرب

أصل^(١) الباب أن الأكل إيصال ما يتأتى فيه^(٢) المضغ بفمه إلى جوفه، مضغه^(٣) أو لم يمضغه^(٤). والشرب إيصال^(٥) ما لا يتأتى فيه المضغ إلى جوفه حال^(٦) وصوله، مثل الماء، واللبذ، واللبن، والعسل المزوج. والذوق هو^(٧) معرفة طعم الشيء المذوق، بفمه، بإيصال الشيء إليه، سواء ابتلعه أو مجه من فمه، فكل أكل فيه ذوق، لكن الذوق ليس بأكل.

إذا ثبت هذا فنقول^(٨) :

إذا حلف لا يأكل أو^(٩) لا يشرب، فذاق : لم يحنث.

وإذا حلف لا يذوق طعاماً أو شراباً، فأكل أو شرب، أو أدخله^(١٠)

في فمه، وعرف طعمه، ثم مجه، حنث، لوجود الذوق.

(١) في ح : « قال رحمه الله : أصل » .

(٢) في ح : « ما يأتي به » .

(٣) في ح : « يمضغه » . وفي أ : « يمضغه » .

(٤) « أو لم يمضغه » ليست في أ .

(٥) « إيصال » من أوب و ح .

(٦) « حال » ساقطة من ح .

(٧) في أوب و ح : « وهو » .

(٨) الفاء من ح .

(٩) في أوب و ح : « و » .

(١٠) كذا في ب و ح . وفي أ : « أدخل » . وفي الأصل : « دخله » .

ولو حلف لا يذوق شيئاً وعنى^(١) به أكله أو شربه ، فإنه تصح نيته ، ولا يحنث ، بالذوق ، لأن اسم الذوق قد^(٢) يقع عليهما فى العرف : يقول الرجل : ماذا ذقت^(٣) اليوم شيئاً ، وما ذقت إلا الماء - يريد به الأكل والشرب . ولو حلف لا يذوق ماء ، فتمضمض فى الوضوء ، لا يحنث فى يمينه ، لأن قصده التطهير ، دون معرفة الطعم .

ولو حلف لا يأكل طعاماً ، فإنه يقع على الحبز ، واللحم ، والفاكهة ، وما يؤكل على سبيل الإيدام مع الحبز ، لأن الطعام اسم لما يطعم فى اللغة ، وفى العرف صار اسماً لما يؤكل بنفسه أو مع غيره عادة .

وكذا إذا حلف لا يأكل من طعام فلان ، فأكل شيئاً مما ذكرنا من طعام فلان : يحنث . ولو أخذ نبيذ^(٤) فلان أو ماءه^(٥) فأكل بحبز نفسه : لا يحنث ، لأن هذا يسمى آكلاً طعام نفسه عادة .

ولو حلف لا يأكل هذا اللبن ، فأكله^(٦) مع الحبز : حنث ، لأن اللبن هكذا يؤكل عادة . ولو شربه : لا يحنث ، لأن هذا ليس بأكل . ولو حلف لا يأكل الرمان أو العنب ، فمضّه^(٧) ورمى تفلّه وابتلع

(١) فى ا و ح : « شيئاً عنى » .

(٢) « قد » ليست فى ا و ح .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ماذا ذقت » .

(٤) « نبيذ » ساقطة من ح .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « نبيذ فلان من طعام فلان أو ماء » .

(٦) الماء من ا و ب و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « مضّه » .

ماءه : لا يحنث . ولو ابتلع العنب أو ^(١) الرمانة ، من غير مضغ : يحنث ، لأن الأول شرب ، والثاني أكل .

ولو حلف لا يأكل هذا اللبن ، فأكل مما ^(٢) يتخذ منه ، من اللبن والأقط ^(٣) ونحوهما : لا يحنث ، لأنه قد تغير ، فلا يبقى له اسم العين . وكذا إذا حلف لا يأكل هذا الكُفْرِي ^(٤) فصار بُسْراً ، أو من هذا البُسْر فصار رُطْباً ^(٥) ، أو رُطْباً ^(٦) فصار تمرأ ، لأنه تغير الأول ، ولو حلف لا يأكل هذه ^(٧) البيضة فأكل من فرخ خرج منها ، أو حلف لا يشرب من هذا الحمر ، فصار خلا ، فشرب : لا يحنث ، لأنه تغير عن أصله . ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الجمل أو هذا الجدى ^(٨) ، فصار كبشاً أو تيساً - < فإنه يحنث ، لأن العين قائمَةٌ > لم تتغير ، واليمين وقعت على الذات المعينة ^(٩) .

(١) الهمزة من ح و ا .

(٢) في ب : « ما » .

(٣) الأقط بفتح الهمزة وكسر القاف ، وقد تسكن القاف للتخفيف مع فتح الهمزة وكسرها - يتخذ من اللبن الخيض : يطبخ ثم يترك حتى يمس (المصباح) . وفي ا : « أو الأقط »

(٤) بضم الكاف وفتح الفاء ، وتشديد الراء - كَمَ النخل لأنه يستمر ما في جوفه (المغرب) .

(٥) البُسْر التمر لذا لوّن ولم ينضج . والرُطْبُ ما نضج من البُسْر قبل أن يصير تمرأ .

والتمر اليابس من تمر النخل (المنجد) .

(٦) في ا : « أو من هذا الرطب » . راجع الهامش السابق .

(٧) في ح و ا : « من هذه » .

(٨) في ح : « أو الجدى » .

(٩) التاء من ح و ا .

وكذا^(١) في غير هذا :

إذا حلف لا يكلم هذا الشاب ، فكلمه بعد ما شاخ^(٢) ، حث ، لأن
العين لم تتغير .

ولو حلف لا يكلم شاباً ، فكلم^(٣) شيخاً : لا يحنث ، لأن اليمين تقع
على موصوف منكر^(٤) . فيكون الصفة بمنزلة الشرط .

ولو حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً ، فصب فيه ماء ، فذاقه :
روى عن أبي يوسف أنه إن بقي لون اللبن وطعمه يحنث ، وإن كان اللبن
أقل^(٥) . ولو^(٦) ذهب طعمه ولو نه لا يحنث ، وإن كان اللبن أكثر - فاعتبر^(٧)
في الغلبة ظهور اللون^(٨) والطعم ، دون كثرة^(٩) الأجزاء . وذكر محمد
رحمه الله في «الأصل» هذه المسألة وقال : إذا كان اللبن مغلوباً : لا يحنث -
وظاهره يقتضي غلبة الأجزاء .

فأما إذا اختلط المحلوف عليه بجنسه ، أن اختلط اللبن المحلوف عليه^(١٠)
بلبن آخر من جنسه : < ف > قال أبو يوسف : إذا كان اللبن المحلوف عليه

(١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فكذا » .

(٢) في ا و ح : « بعدما صار شيخاً » .

(٣) في ح : « فكلمه » .

(٤) في ا و ح : « الموصوف المنكر » .

(٥) في ا و ب و ح : « وإن كان الماء أكثر » .

(٦) « لو » ليست في ا و ح . ففيها : « وذهب » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « واعتبر » .

(٨) في ح : « اللبن » .

(٩) التاء من ا و ب و ح .

(١٠) « بجنسه... المحلوف عليه » ليست في ا و ح .

مغلوباً^(١): لا يحنث ، لأنه في معنى المستهلك . وقال محمد : يحنث ، وإن كان مغلوباً ، لأن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه ، وإنما يصير مستهلكاً بخلاف جنسه . وذكر في «الأصل» : رجل حلف لا^(٢) يأكل سمناً^(٣) فأكل سَوِيْقاً لَنَّهُ^(٤) بسمن ، ولا نية له : إن كان يستبين السمن في السويق ، فيوجد طعمه ، يحنث ، وإلا فلا - لما قلنا . ومحمد إنما لم^(٥) يجعل خلط الجنسين استهلاكاً إذا كان الجنس ، والنوع ، والصفة ، واحداً ، وأما إذا اختلف النوع ، كلبن الضأن ولبن^(٦) المعز . أو اختلفت الصفة ، كالماء العذب بالماء المالح ، فإنه يجعله استهلاكاً ، ويعتبر فيه الغلبة ، كما في الجنسين .

وإذا^(٧) حلف لا يأكل لحماً ، فأى لحم أكل ، حنث ، سوى لحم^(٨) السمك ، لأنه ناقص في معنى اللحمية^(٩) ، ولو أكل شحم الظهر ، يحنث ، لأنه لحم سمين . ولو أكل شحم البطن والائلية ، لا يحنث ، لأنه لا يسمى لحماً ، ولو نوى ، يحنث ، لأن فيه معنى اللحم من وجه ، وهو الدسومة . وفي لحم السمك ، إذا نوى ، يحنث ، لأنه لحم ناقص .

(١) في ب : « معلوما » .

(٢) « لا » من اوب و ح .

(٣) في ح : « سميناً » .

(٤) في اوب و ح : « لت » . والسويق هو الناعم من دقيق الحنطة والشعير (المنجد) .

(٥) « لم » من ح . وفي ب : « إنما جعل » .

(٦) في او ح : « بلبن » .

(٧) كذا في اوب . وفي الأصل : « فإذا » . وفي ب : « ولو » .

(٨) « لحم » ليست في ب . وفي او ح : « سوى أكل لحم » .

(٩) في ح و ا : « اللحم » .

ولو أكل مافي البطون ، سوى شحم البطن : يحنث - وهذا في عرفهم ،
لأن يباع مع اللحم ، وأما في الموضع الذي لا يباع مع اللحم ، لا ينصرف
يمينه ^(١) إليه ، فلا يحنث ،

ولو أكل لحم خنزير أو ^(٢) لحم إنسان أو ميتة : يحنث ، لأنه لحم
حقيقة ، وإن كان حراماً .

ولو أكل لحم الرأس من الحيوانات ، سوى السمك : يحنث ، لأنه
لحم عضو من الحيوان .

ولو حلف لا يأكل شحماً ، فأكل شحم الظهر : لا يحنث عند أبي حنيفة ،
خلافاً لهما ، لأنه لحم سمين ، ولكن يقع اليمين على شحم البطن .

ولو حلف لا يأكل رأساً أو لا يشتري : إن نوى الرؤوس كلها :
انصرف إليها ^(٣) ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وشدد على نفسه . وإن لم يكن
له نية : قال أبو حنيفة : يقع على رأس الغنم والبقر ، وعند زفر : على رأس
الابل أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يقع ^(٤) على رأس الغنم
خاصة - وقيل : هذا اختلاف عصر وزمان ، ويعتبر العرف والمادة ، في كل بلد .

• • •

(١) كذا في ح و ا . وفي الاصل : « يمينهم » . وفي متن ب : « يمينهم » وفي هامشها :
« لعله : يمينه » .

(٢) الهمزة من ا و ب و ح .

(٣) في ح و ا : « انصرف إليها » . وفي الاصل : « انصرف إليه » . وفي ب :
« ينصرف إليه » .

(٤) « يقع » من ا و ب و ح .

وإذا حلف لا يأكل بيضاً : < ف > إن نوى بيض كل شيء : يقع عليه ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وفيه تشديد . وإن لم يكن له نية : ينصرف إلى بيض الطير والدجاج والأوز ، بدلالة العرف .

ولو حلف لا يأكل فاكهة - فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :
 - في وجه يحنث بالاتفاق ، وهو أنه ^(١) يقع على ثمرة ^(٢) كل شجرة ^(٣) ، سوى العنب والرطب والرمان ، ويستوى في ذلك الرطب واليابس ، لأنها اسم لما يتفكه به ^(٤) ويؤكل قبل المائدة وبعدها .
 - وفي وجه لا يحنث بالاتفاق ، وهو أن يأكل ^(٥) القثاء والخيار والحوخ ^(٦) والجزر ^(٧) ، لأنها تؤكل ^(٨) مع البقول .

- وفي وجه اختلفوا فيه ، وهو العنب ^(٩) والرطب والرمان : < ف > إذا لم يكن له نية : < ف > عند أبي حنيفة : لا يحنث ، وعندهما : يحنث . وإن نوى هذه الأشياء عند الحلف : يحنث ، بالإجماع . ومشايخنا قالوا : هذا

(١) في ح و ا : « أن » .

(٢) في ا و ب و ح : « ثمر » .

(٣) في ا : « شجرة » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « بها » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل هكذا : « يا كان » .

(٦) كذا في ح . وفي ا : « والبطنخ » . وفي ب كذا : « والجرح » . وفي الاصل : « والحدج » .

والحدج الحنظل الفج الصلب (المنجد) .

(٧) في ح : « والجوز » .

(٨) في ا : « تزرع » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وهو أن العنب » .

اختلاف عرف^(١) وزمان، وكان^(٢) فى زمن أبى حنيفة^(٣) لا^(٤) يعدونها من جملة الفواكه فأفتى على عرف زمانه، وتغير العرف فى زمانهما - وفى عرفنا : ينبغى أن يحث فى يمينه أيضاً.

ولو حلف لا يأكل فاكهة^(٥) يابسة، فأكل الجوز والاوز والتين ونحوها : يحث. وفى عرفنا : فى الجوز لا يحث، لأنه لا يتفكه بالجوز اليابس.

وإذا حلف لا يأكل حَلَوَاءَ^(٦) أو حُلُوا أو حلاوة، فأكل السكر والفانيد^(٧)، وكل شئ فيه حلاوة، و^(٨) ليس من جنسه حامض : يحث، المتخذ وغير المتخذ سواء، كالفالودج والحبيص والناطف. ولو أكل شيئاً حلواً، من جنسه حامض، مثل العنب^(٩) والرمال الحلو^(١٠)، والتفاح

(١) فى اوب و ح : « عصر » .

(٢) « وكان » ليست فى ا و ح . وفى ب : « لائن » - انظر الهامش التالى .

(٣) فى ا : « فى زمن أبى حنيفة كانوا » . وفى ح : « فى عصر أبى حنيفة كانوا » .

(٤) « لا » ليست فى ح و ا .

(٥) « فاكهة » ليست فى ب .

(٦) فى الأصل وغيره : « حاوا » . ولعلها : « حاوى » . ويجوز فيها المد والقصر فيقال : حَلَوَاءَ وحَاوَى والجمع حَلَاوَى (المغرب والمنجد) . وسيأتى بعد قليل قواه : « فأما فى الحَلَوَاءِ » . وانظر الكسانى ، ٣ : ٥٩ - ٦٠ .

(٧) الفانيد نوع من الحلوى يعمل من القند والنشأ، وهى كلمة أعجمية (المصباح) . والفنيد ما يعمل منه السكر (المصباح) . وفى المنجد ما يفيد أن القند هو قصب السكر .

(٨) الواو من ح .

(٩) « العنب » من اوب و ح .

(١٠) « الحلو » ليست فى ح فقيها : « والرمال » فقط .

الحلو، لا يحنث - وهذا فى عرفهم، وفى عرفنا: إذا كان اليمين على الحلاوة والحلو فكذلك، فأما فى الحنوءاء: <ف> يقع على المصنوع من الحلاوة وحدها، أو مع^(١) غيرها كالحبيص والناطف، فلا^(٢) يقع على السكر والقانيد على الانفراد.

ولو حلف لا يأكل الخنطة، يقع على أكل عينها، مقلية ومطبوخة، ولا يقع على الحبز، وما يتخذ من الدقيق. وعلى قولهما^(٣): يقع^(٤) على ما يتخذ منها. ولو أكل من عينها ففيها روايتان - وأصل المسألة أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة، ومجاز متعارف، فالعمل بالحقيقة أولى عند أبي حنيفة، وعندهما: العمل بعموم المجاز أولى، وهذا مما يعرف فى الجامع الكبير فيمن حلف لا يشرب من الفرات أو من هذا النهر^(٥): فعند أبي حنيفة: يقع على الشرب كراعاً^(٦) حتى لو اغترف بإناء أو بيده: لا يحنث، وعندهما: يقع عليهما، لعموم المجاز.

ولو حلف لا يشرب من الجب، أو البئر، وهو^(٧) غير مלא، فشرب بيده أو بإنائه: يحنث، لأنه لا يمكن الشرب منه^(٨) كراعاً.

(١) فى ا و ح: « وحدها أما مع ».

(٢) كذا فى ا . وفى الأصل و ب: « أما لا يقع » . وفى ح: « لا يتم » .

(٣) فى ب: « وعلى قولهم » .

(٤) « يقع » من ا و ب و ح .

(٥) فى ا: « هذا البحر » .

(٦) كَرَعَ فى الماء أو الإناء: مد عنقه وتناول الماء بفيه من موضعه (المنجد).

(٧) « وهو » من ب . وليس فى ا و ح . وفى الأصل: « وهى » .

(٨) « منه » من ح و ا .

ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ، فأكل مما يتخذ منه : يحنث ،
لأن عينه لا يؤكل .

وعلى هذا الأصل : إذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة ، فأكل
من ثمرتها يحنث ، لأن^(١) عينها لا تؤكل .

. . .

ولو حلف لا يأكل ، ولا يشرب ، ولا يلبس ، ونوى طعاماً خاصاً ،
وشراباً خاصاً ، وثوباً خاصاً : فإنه لا يصدق ، لأنه نوى خلاف^(٢) مقتضى
كلامه ، ولا عموم له^(٣) .

ولو قال لا آكل طعاماً ، ولا ألبس ثوباً ، ونوى طعاماً بعينه ، وثوباً
بعينه : يصدق ، لأنه نوى تخصيص الملفوظ .

. . .

ولو حلف لا يأكل إداماً فهذا على ثلاثة أوجه :

- إن أكل ما يصطبغ به ويلتزم بالحبز ، كالزيت والحل : يحنث ،
بالاتفاق ، لأن هذه الأشياء تصير تبعاً للحبز ، ولا تؤكل مقصودة ،
بنفسها ، والإدام اسم لهذا .

- وإن أكل مع الحبز عنباً وسائر الفواكه أو البقول ، لا يحنث ، بالاتفاق -
لأنها لا تؤكل إداماً مقصوداً ، بل هي تبع للأكل مع الإدام .

(١) في ح و ا : « من هذه الشجرة فإنه يقع على الثمرة لأن عينها لا تؤكل » .

(٢) « خلاف » من ح و ا .

(٣) « له » ليست في ح و ا .

— وإن أكل مع الحبز الجبن^(١) واللحم والبيض: فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يحنث، ولا يكون ذلك إداماً.

ولو أكل الحبز مع اللحم^(٢): يحنث، لأنه تبع.

ولو أكل الأرز^(٣) والعصائد: لا يحنث، لأنه يؤكل مقصوداً في العرف. وإن كان في موضع^(٤) يؤكل تبعاً للحبز، يكون إداماً عند محمد — والمسألة معروفة.

ولو حلف لا يأكل شواء، ونوى أكل كل مشوى: يحنث، لأنه نوى حقيقة كلامه^(٥). وإن لم يكن له نية: ينصرف إلى اللحم المشوى، لأن الاسم له عادة.

ولو حلف لا يأكل طيخاً، ولا نية له، ينصرف إلى اللحم المطبوخ^(٦)، وإلى المرققة^(٧) المتخذة منه، لما فيها^(٨) من أجزاء اللحم، لأن الطيخ في العرف اسم لهذا، والعبرة للعرف في الباب^(٩) و^(١٠).

(١) في « والجبن ».

(٢) في « مع الملح ».

(٣) في « الأرز ».

(٤) « في موضع » ليست في ح.

(٥) « كلامه » من ا و ب و ح . وفي الأصل: « حقيقته ».

(٦) في ح و ا: « إلى اللحم المطبوخ وإلى المشوى ».

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل: « المرق ».

(٨) في ا و ح: « لأن فيه ».

(٩) « في الباب » ليست في ب.

(١٠) زاد في ب: « والله تعالى أعلم بالصواب ».

باب

من

اليمين^(١) على أُنبياء مختلفة

في الباب^(٢) فصول مختلفة ، ومسائل متفرقة :

إذا قال الرجل : « عبده حر^(٣) » وإن وهبت لفلان شيئاً أو تصدقت عليه أو أعرته أو أعطيته أو نخلته أو أقرضته « - ثم فعل ذلك ، ولم يقبل المحلوف عليه : فإنه يحنث .

وإن حلف على عقد فيه بدل ، مثل البيع والائجارة والصرف والسلام^(٤) ونحوها ، ففعل الحالف ، ولم يقبل الآخر : لا يحنث - لأن الأول تملك من أحد الجانبين ، إلا أن القبول شرط لثبوت الحكم في حقه ، فقد وجد ما ينطلق عليه الاسم ، فيحنث . والفضل^(٥) الثاني تملك من الجانبين لغة وشرعاً ، فلا^(٦) يتحقق الاسم إلا بوجود الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر .

(١) في ا و ح : « من الايمان » . وفي ب : « باب - اليمين ... » .

(٢) في ح : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٣) في هامش الاصل : « (صح) : أنت حر » .

(٤) في ح : « وقد » .

(٥) كذا في ا و ب . وفي الاصل : « فصل » .

(٦) في ح : « ولا » .

ولو باع يبعاً فاسداً يملك به إذا قبض ، أو صحيحاً ، وقبل ^(١) : يحنث ، لأن اسم البيع لغة يقع على الفاسد والصحيح جميعاً .

ولو باع يبعاً فيه خيار البائع أو المشتري ^(٢) : حنث عند محمد ، وعند أبي يوسف ^(٣) : لا يحنث ، لأنه مع الخيار لا ينعقد سبباً ^(٤) . ومحمد يقول : إنه انعقد سبباً لكن تأخر حكمه ، فهو كالبيع الفاسد .

ولو قال : « والله لا أتزوج اليوم » ، ولا نية له ، فتزوج نكاحاً فاسداً : لا يحنث ، استحساناً ، لأن المقصود هو الحل في العقد المضاف إلى المستقبل ، فيقيد ^(٥) بالصحيح ، بخلاف البيع ، لأن المقصود ثم ^(٦) هو الملك . وكذلك إذا حلف « لا يصلي » : يقع على الصحيح ، لأن المقصود ^(٧) هو التقرب ، ولا يحصل في الفاسد ^(٨) .

أما إذا حلف في الماضي بأن قال : « والله ما تزوجت » أو « ما صليت » ، فإنه يقع على الفاسد أيضاً ، لأن الغرض هو الإخبار ، والاسم يقع عليهما . ولو حلف « لا يصلي » فكبر ودخل في الصلاة ، لا يحنث ، مالم يقيد

(١) في ب و ا : « قبل » . وفي الأصل و ح : « وقيل » .

(٢) في ا و ب و ح : « للبائع أو المشتري » .

(٣) في ا : « أو المشتري عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف » .

(٤) في ح و ا : « شيئاً » .

(٥) في ا و ب و ح : « فتقيد » .

(٦) « ثم » من ب .

(٧) « هو الملك لأن ... المقصود » ليست في ا و ح . انظر الهامش التالي .

(٨) في ح : « هو التعريف فحصل في الفاسد » . وفي ا : « هو التقرب فحصل في الفاسد » .

بالسجدة، استحساناً، لأنه أفعال مختلفة، فما لم يوجد الكل لا يسمى مصلياً.
ولو حلف^(١) «لا أصلي صلاة» : لا يحنث، ما لم يصل ركعتين، لأن
أدنى الصلاة ركعتان .

ولو حلف «لا يصلي الظهر» : لا يحنث، ما لم يقعد القعدة^(٢) الأخيرة،
لأن صلاة الظهر مقدرة بالأربع .

ولو حلف «لا يصوم» فأصبح صائماً : يحنث ، لأنه يسمى صائماً .
ولو حلف «لا يصوم صوماً» : لم يحنث ، ما^(٣) لم يصم اليوم ، لأن
أقل الصوم الشرعى يوم كامل .

ولو حلف «لا يحج» أو «لا يحج حجة» : لا يحنث حتى يطوف طواف
الزيارة ، لأن الحج عبارة عن أجناس أفعال ، فيكون اسم الحج واقعاً
على الكل حقيقة ، لا على البعض ، ولأن أكثر حكم الكل .

ولو حلف «لا يعتمر» وأحرم فطاف^(٤) أربعة أشواط . حنث ،
لأنه وجد الأكثر . ولو جامع حتى فسد الحج ، لا يحنث ، لأن اليمين
انعقدت على الحج الذي هو^(٥) قربة ، والفساد ليس بقربة .

وكذلك إذا حلف «لا يصوم صوماً» ثم أفطر^(٦) ، لا يحنث ، لأنه
لم يوجد الصوم التام .

(١) فى ا و ب و ح : «ولو قال : » .

(٢) فى ح و ا : «فى القعدة» .

(٣) «ما» ساقطة من ب .

(٤) فى ا و ب : «فأحرم وطاف» . وفى ح : «فأحرم فطاف» .

(٥) «هو» من ا و ب و ح . (٦) فى ا و ب و ح : «فأفطر» .

ولو حلف «لا يصوم» فصام ساعة^(١) ثم أفطر، يحنث، لأن الحنث قد حصل بصوم ساعة، فبالإفطار لا يبطل الحنث، وإن فسد الصوم من الأصل. ولو حلف «ليفطرن»^(٢) عند فلان، فأفطر بالماء في منزله، ثم تعشى عند فلان: حنث^(٣)، لأن شرط بره الإفطار عند فلان، وهو اسم لما يضاد الصوم، وذلك حصل في منزله بالماء^(٤). وإن^(٥) نوى به العشاء عند فلان، لا يحنث^(٦)، لأنه نوى به^(٧) المتعارف: يقال «فلان يفطر عند فلان» إذا كان يتعشى عنده وإن كان أصل^(٨) الفطر يقع في منزله^(٩).

وإذا حلف «لا يلبس من غزل فلانة شيئاً»، ولا نيء له، فلبس ثوباً قد غزلته فلانة: يحنث في يمينه، لأن الغزل عينه لا يلبس، فيقع على ما يصنع منه، وهو الثوب. ولو نوى الغزل بعينه: لا يحنث، إذا لبس ذلك الثوب^(١٠)، لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو حلف «لا يلبس ثوباً من غزل فلانة»: يقع على الثوب. ولو نوى الغزل: لا يصدق.

ولو حلف «لا يلبس ثوباً من غزل فلانة» فلبس ثوباً من غزلها

(١) «فصام ساعة» من ح و ا .

(٢) في ح: «لا يفطرن» .

(٣) في ب: «لا يحنث» .

(٤) «بالماء» من ح و ا .

(٥) في ا و ح: «ولو» . (٦) في ب: «يحنث» . وانظر فيما تقدم المامش ٣ .

(٧) «به» ليست في ب . (٨) «أصل» ليست في ح .

(٩) «وإن نوى به العشاء... في منزله» من ا . وهي في ب و ح مع ملاحظة ما تقدم في المامش السابقة (من ٥ إلى ٨) .

(١٠) في ا و ح: «لبس ثوباً منه» . وفي ب: «ثوباً» فقط .

وغزل غيرها : لا يحنث ، لأن الثوب اسم اشئ . مقدر ، فلا يقع على بعضه .
ولو حلف « لا يلبس من غزل فلانة » فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها :
حنث ، لأن البعض يسمى غزلاً .

ولو حلف « لا يلبس من ^(١) غزل فلانة » فلبس ثوباً دخار يسه أو تلايبه ^(٢)
من غزل فلانة : يحنث ، لأن هذا القدر صار ملبوساً من غزلها بلبس الثوب .
ولو لبس زراً و ^(٣) عروة من غزلها : لا يحنث ، لأن الزر لا يصير
ملبوساً بلبس القميص ،

ولو لبس تنكة من غزلها : لا يحنث ، عند أبي يوسف ، لأنه يقال
« شد ، التنكة ، ولا يقال « لبس » . وعند محمد : يحنث .

ولو حلف « لا يلبس مما يشتريه ^(٤) فلان » فاشترى فلان ^(٥) مع غيره :

(١) في ا و ح : « لا يلبس ثوباً من » .

(٢) الدخار يص جمع والمفرد دخريص و دخريص و دخريصة . وهو أعجمي مررب .
والتخريص لغة فيه . و دخريص القميص ما يوسع به من الثوب أي ما يوصل به البدن ليوسمه .
وقد أشد للاعنى : « كما زدت في عرض القميص الدخارصا » كما يقال للدخريصة أيضاً : البنيقة
واللبينة (المررب للجوانيقي تحقيق أحمد شاكر ، وكذا المغرب واللسان) .
والتلايب جمع تلييب وهو ما في موضع اللب من الثياب واللب واللينة هو موضع الغلادة
من الصدر (القاموس) .

وفي الأصل كذا : « وخارصة أو تلايبه » . وفي ب : « وخارصة أو ثلثيه » ، وفي ا و
ح : « وخارصة أو قلبينه » . والظاهر لنا أن الصحيح في الأصل هو ما ائبتناه في المتن ، وأن
الصحيح في ا و ب و ح : « دخارصه أو تلبينه » مفرد تلايب .

وفي الكسانى (٧٠ : ٣) : « ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً : لم يحنث
في التنكة والزر والعروة واللينة - روى ذلك عن محمد ، لأن هذا ليس بلبس في العادة ، ولا يقال
لمن كان عليه لا لبس . وقال أبو يوسف : إن لبس رقعة في ثوب شبرا في شهر : حنث ، لأن هذا
عند ، في حكم الكثير فصار لا بساله » .

واللينة بفتح اللام وكسر الباء أو بكسر اللام وسكون الباء هي الدخريصة كما تقدم .

(٣) في ب : « أو » .

(٤) في ب : « ما يشتري » . (٥) « فلان » من ب .

لم يحنث ، لأنه لبس بعض ثوب اشتراه فلان لا كله .

ولو حلف « لا يأكل مما ^(١) يشتره فلان » ، فاشتراه فلان مع غيره ، فأكل منه ^(٢) : حنث ^(٣) ، لأنه قد أكل ما اشتراه فلان ^(٤) ، لأنه ^(٥) يقع مع البعض .
ولو حلف « لا يلبس من نسج فلان » ، فنسجه فلان ^(٦) مع غيره : يحنث .
ولو قال ^(٧) « لا يلبس من ثوب نسجه فلان » : لا يحنث إذا نسجه مع غيره ، لما قلنا .

ولو حلف « لا يأكل من طيبخ فلان » ، فأكل مما طبخ فلان وغيره : حنث ، لأن كل جزء من الطيبخ طيبخ .

ولو قال « لا آكل من قدر طبخها فلان » ، فأكل مما طبخ فلان مع غيره : لا يحنث ، لأن كل جزء من ^(٨) القدر ليس بقدر .

ولو قال « لا آكل خبز فلان » ، فأكل خبزاً مشتركاً بينه وبين غيره : حنث ، لأن كل جزء ^(٩) يسمى خبزاً .

ولو حلف « لا يأكل لفلان رغيفاً » ، فأكل رغيفاً مشتركاً : لا يحنث ، لأن بعضه لا يسمى رغيفاً .

(١) في ب : « ما » .

(٢) في ب و ح : « فأكل هذا منه » .

(٣) « حنث » ساقطة من ح .

(٤) « فلان » من او ح . وفيها : « ما يشتره فلان » - انظر الهامش التالي .

(٥) « قد أكل ما اشتراه فلان لأنه » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٦) « فلان » من او ب و ح .

(٧) في ب : « ولو حلف » .

(٨) « الطيبخ طيبخ ... كل جزء من » ليست في ح .

(٩) زاد هنا في ح و ا : « من الخبز » .

ولو حلف « لا يأكل مما خبز فلان » ، ومما طبخ « ، فالخباز ^(١) هو الذى يضرب الخبز ^(٢) فى النور ، دون من عجنه وبسطه ، والطابخ هو الذى يوقد النار دون الذى ينصب القدر و ^(٣) يصب الماء واللحم فيه ، وإنما ذلك مقدماته ، لأن الطبخ ما ينضج به ^(٤) اللحم ، وذلك يحصل بالإنقاد ^(٥) .

ولو حلف « لا يأكل من كسب فلان » ، فالكسب ما يصير ملكاً للإنسان بفعله ، أو بقوله ، مثل الاستيلاء ^(٦) ، والاصطياد ، والبيع ، وغيرها ، لأنه لا بد من القبول ، فى حق الحكم ^(٧) ، فى الأسباب الشرعية التى ثبت بها الملك ، فأما الميراث < ف > ليس بكسب ، لأنه ثبت به الملك من غير صنعه .

ولومات المحلوف عليه ، وترك أكسابه ^(٨) ، فورثه الخالف ، فأكل ^(٩) : حث ، لأنه أكل من أكساب ^(١٠) المحلوف عليه ^(١١) ، لأنه لا يصير ^(١٢) كسباً للوارث ، فلم تنقطع ^(١٣) الإضافة عن الأول .

ولو باع المحلوف عليه كسبه من رجل ، فأكل منه الخالف : لا يحنث ،

(١) فى اوب و ح : « مما خبز فلان أو مما طبخ فلان - فالخباز » .

(٢) فى ب : « ما يخبز » .

(٣) « ينصب القدر و » ليست فى ح و ا . ففيها : « دون الذى يصب الماء » .

(٤) فى ح و ا : « ما يطبخ به » . وفى ب : « مما ينضج به » .

(٥) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « وذلك هو الإنقاد » .

(٦) فى اوب و ح : « الاستيلاء » .

(٧) كذا فى ا و ح . وفى ب : « الأحكام » . وفى الأصل : « الملك » .

(٨) فى ا و ح : « اكتسابه » .

(٩) فى ح و ا : « فأكله » .

(١٠) فى ح و ا : « اكتساب » .

(١١) فى ا : « المحلوف » .

(١٢) فى ح و ا : « لأنه لا يصير » .

(١٣) فى ا و ح : « فلم يقطع » .

لأنه صار كسباً^(١) للمشتري^(٢)، فانقطعت^(٣) الإضافة عن الأول.
وإن حالف «لا يجلس على الأرض»، فجلس على شيء حائل بينه وبين
الأرض^(٤)، كالبورى^(٥) والبساط : فإنه لا يحنث ، لأنه يقال جلس
على البساط ، دون الأرض .

ولو جلس على ثيابه : حنث ، لأنه^(٦) تبع للجالس : سمي^(٧) جالساً على
الأرض ، لا على ثيابه .

ولو حلف «لا يجلس على هذا الفراش» فجعل^(٨) فوقه بساطاً آخر ،
فجلس عليه : لا يحنث ، لأنه انقطعت الإضافة عن الأول^(٩) .

وإن حلف «لا يجلس على هذا الفراش أو لا ينام^(١٠)» - فجعل فوقه
فراشاً آخر ، فنام عليه^(١١) : لا يحنث عند محمد ، لما قلنا . وقال أبو يوسف :
يحنث ، لأنه يحصل به زيادة توطئة ولين ، فيكونان مقصودين^(١٢) بالنوم عليهما .

(١) كذا في أ و ب . وفي الأصل : «كسبها» .

(٢) في ب : «للغير» .

(٣) «رجل فأكل منه ... فانقطعت» ليست في ح .

(٤) في ب : «وبين الأرض ، ممتازة عنه» . وفي أ : «الأرض ممتازة عليه» .

وفي ح كذا : «الأرض ممتان عليه» .

(٥) في أ و ح : «كالبورى» . وفي ب : «كالبورى» . والبورى والبورياء الحصى

المنسوج من القصب (المنجد) .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل أ و ح : «لأنه» .

(٧) في أ : «فسمى» . وفي ح : «تسمى» . وفي ب : «يسمى» .

(٨) في أ و ب و ح : «هذا البساط فبسط» .

(٩) «عن الأول» ليست في أ .

(١٠) «أو لا ينام» من أ و ب و ح .

(١١) «فنام عليه» من أ و ح .

(١٢) في أ : «توطئة وإن كان يكونان مقصودين» . وفي ح : «وإن كان مكنونان مقصودين» .

وأجمعوا أنه إذا حلف «لا يجلس»^(١) على الفراش «فجعل فوقه محبساً»^(٢) أو قرأماً^(٣) : حنث ، لأنه تبع للفراش .

ولو حلف «لا يجلس على هذا السرير أو الدكان أو السطح» فجعل فوقه مصلى أو فراشاً أو بساطاً ، ثم جلس عليه : حنث ، لأن السرير يجلس عليه هكذا^(٤) . غالباً . ولو جعل فوق السرير سريراً أو فوق السطح سطحاً آخر^(٥) : لا يحنث ، لأن الجلوس يضاف إلى الثاني دون الأول . ولو نوى الجلوس على اللوح والأرض^(٦) والسطح ، يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء^(٧) ، لأنه خلاف المعتاد ، وإن كان حقيقة . ولو حلف «لا يجلس على ألواح هذا السرير» فجلس على بساط فوقه : لا يحنث ، لأنه لم يجلس على اللوح .

ولو حلف «لا يجلس على الأرض»^(٨) ، فجلس على صحن السطح : يحنث ، لأن ذلك يسمى أرض السطح .

ولو حلف «لا يفعل كذا» فأمر غيره ففعل^(٩) ، ينظر :

(١) زاد هنا في ا و ح : «أو لا ينام» .

(٢) المحبس نوب يطرح على ظهر الفراش للنوم عليه (القاموس) .

(٣) القيرآم الستر الرقيق : وبعضهم يزيد : وفيه رقم ونقوش (المصباح) .

(٤) «هكذا» ليست في ا و ح .

(٥) «آخر» من ا و ح .

(٦) «والأرض» من ب .

(٧) «دون القضاء» من ح و ا .

(٨) «فجلس على بساط فوقه ... على الأرض» ليست في ا .

(٩) في ح و ا : «فأمره غيره بفعل» .

إن كان فعلاً له حقوق تتعلق بالفاعل، فإنه يشترط وجود الفعل من الفاعل حقيقة، ولا يقوم فعل المأمور^(١) مقام^(٢) فعل الأمر^(٣)، كالبيع والشراء^(٤) والأجارة والقسمة، لأن^(٥) حقوق هذه العقود تختص بالعاقد المباشر^(٦)، دون الأمر - ولهذا قالوا: إن الوكيل إذا كان هو الخالف: هذه يحنث، لأن حقوق العقد راجعة إليه، إلا إذا كان الخالف ممن لا يلي^(٧) هذه الأفعال بنفسه، كالقاضي والسلطان ونحوهما.

وإن كان فعلاً لا يتعلق حقوقه بالعاقد، وإنما يتعلق بالأمر، أو ليس له حقوق، كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب^(٨) والذبح والقتل والهبة والصدقة والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة، بأن قال «لا أشارك فلاناً» فأمر إنساناً بأن يشارك مع فلان ويعقد معه عقد الشركة نيابة عنه - إذا فعل هذه الأفعال^(٩) بنفسه، أو أمر غيره ففعل: يحنث. وروى عن أبي يوسف، في الصلح، روايتان.

فإن قال، فيما لا يتعلق حقوقه بالمباشر: «نويت أن أباهر ذلك

(١) في ب: «فعل الأمر» ..

(٢) «مقام» ليست في أ.

(٣) كذا في أ. وفي ب: «مقام فعله». وفي الأصل: «مقامه».

(٤) كذا في أ و ب. وفي الأصل: «أو».

(٥) «فعل المأمور... والقسمة لأن» ليست في ح.

(٦) «المباشر» ليست في ح و أ.

(٧) في أ: «مما لا يلي». وفي ح: «مما يلي».

(٨) في ح: «والصرف». ومثاله أن يحلف «لا يضرب عبده» انظر الصفحة المقتلة.

(٩) «هذه الأفعال» ليست في أ و ح.

بنفسى - قال فى الجامع الصغير : يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأنه نوى غير الظاهر ^(١) .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا حلف «لا يضرب عبده» أو «لا يذبح شاته» ، فأمر إنساناً أن يفعل ذلك ^(٢) ففعل ^(٣) ، وقال : عنيت أن أبأشر ^(٤) ذلك ^(٥) بنفسى - فإنه يصدق فى القضاء ، لأنه نوى حقيقة كلامه ^(٦) .

ولو حلف «لا يشتري دابة» أو «لا يركب دابة» فهى على ما يركبه ^(٧) الناس فى حوائجهم ، وهو ^(٨) الفرس والحمار والبغل ، دون البقر والابل ، لأنها فى حقيقة اللغة اسم ^(٩) لما يدب على وجه الأرض ، وإنه ^(١٠) غير مراد ، فكان المراد ما هو المعتاد عند الناس .

ولو حلف «لا يركب فرساً» ، فهو على العربى لا غير ^(١١) ، والبرذون يقع على الأعجمى ، والحيل اسم جنس يقع عليهما ^(١٢) .

(١) انظر : محمد ، الجامع الصغير ، ص ٦٣ - ٦٤ .

(٢) «أن يفعل ذلك» من أ و ح .

(٣) «ففعل» ليست فى أ و ح .

(٤) فى أ : «أن لا أبأشر» .

(٥) «ذلك» ليست فى أ و ح .

(٦) «كلامه» ليست فى ب . انظر : محمد ، الجامع الصغير ، ص ٦٣ - ٦٤ .

(٧) كذا فى ب . وفى الأصل وأ و ح : «ما يركبها» .

(٨) فى ب : «وهى» . (٩) «اسم» من أ و ب و ح .

(١٠) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : «فإنه» .

(١١) «لا غير» من أ و ح . وانظر الهامش التالى .

(١٢) «ولو حلف لا يركب... عليها» ليست فى ب . وفى أ و ح : «يقع عليها» . وفى

السكاسانى (٣ : ٧١ : ١٨) : «فإن حلف لا يركب الحيل فركب برذونا أو فرسا : يحنث ، لأن الحيل اسم جنس... فيعم جميع أنواعه» . والبرذون التركى من الحيل والجمع البراذين وخلافها المراب (المغرب) .

ولو حاف « لا يركب مركباً ، ولا نية له ، فهو على كل ما يركب :
من السفينة ، والدواب ، وغيرها . وهذا في عرفهم ، وأما في عرفنا
< ف > يقع على الفرس .

ولو حلف « لا يكلم فلاناً » فناداه من بعيد ، وهو حاضر في مكان
بعيد ^(١) : < ف > إن كان في موضع لو أصغى إليه أذنه يسمعه : فإنه يحث في يمينه ،
وإن لم يسمعه لاشتغاله بأمر آخر ^(٢) ، وإن كان في موضع لا يسمعه ، لبعده :
فإنه لا يحث .

وكذا إذا كان أصم بحيث لو أصغى إليه أذنه لا يسمع ^(٣) : لا يحث ،
لأن تكليم فلان عبارة عن إسماع كلامه إياه ، إلا أن الإسماع أمر باطن ،
فأقيم السبب الظاهر مقامه ، وهو ما ذكرنا .

ولو كان نادماً فناداه حتى أيقظه ^(٤) : حث في يمينه ، لأنه أسمعه كلامه .
وإن لم يوقظه : لا يحث ، وهو الصحيح ^(٥) ، لأن الإنسان لا يعد مكلماً
لنائم إذا لم يتيقظ ^(٦) بكلامه ، كما لا يعد متكلماً ^(٧) مع ^(٨) الغائب .

ولو سلم على قوم والمحلوف عليه فيهم : حث في ^(٩) يمينه ، لأنه كلمه ،

(١) « وهو حاضر في مكان بعيد » ليست في ب .

(٢) في ح و ا : « بأمر آخر لا يحث » .

(٣) في ب : « يحث ولو أصغى إليه أذنه وهو لا يسمع » .

(٤) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « أن أيقظه » . وفي ح و د : « فناداه : أيقظه » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فهو الصلح » .

(٦) في ب : « يوقظه » . وفي ا : « يستيقظ » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « مكلماً » .

(٨) في ح : « مكلماً عن » .

(٩) « في » من ح . و « في يمينه » ليست في ب .

وكلم غيره أيضاً ، فإن قصد بالسلام عليهم دونه ، تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى . لا^(١) نه^(١) نوى تخصيص كلامه .

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه^(٢) معه^(٣) في الصلاة : <ف>
إن كان الحالف إماماً ينظر : إن كان المحلوف عليه على^(٤) يمينه :
لا يحنث ، لأن التسليم الأولي كلام في الصلاة ، لا^(٥) نه بها يخرج عن
الصلاة ، ولا تفسد الصلاة ، فلا يكون من كلام الناس . وإن كان على
يساره^(٥) : فقد اختلف المشايخ فيه .

وإن كان الحالف مقتدياً : فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف كذلك ،
لأن المقتدى لا يصير خارجاً عن الصلاة بسلام^(٦) الإمام عندهما ، وعلى
قول محمد : يحنث ، كيفما كان ، لأنه صار خارجاً عن صلاته بسلام الإمام ،
فوجد كلام^(٧) خارج الصلاة مع فلان ، فيحنث .

ولو كاتب فلاناً أو أشار إليه بالإصبع : فإنه لا يحنث ، لأن هذا
ليس بكلام .

. . .

(١) « لا^(١) نه » من اوب و .

(٢) « والمحلوف عليه » ليست في .

(٣) « معه » من اوب و .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) « على » من ب و ب . وفي ا : « عن » .

(٦) في ا : « إلا بسلام » . وفي ب : « إلا سلام » .

(٧) في اوب و : « كلامه » .

ولو حلف « لا يركب مركباً » ولا نية له ، فهو على كل ما يركب :
من السفينة ، والدواب ، وغيرها . وهذا في عرفهم ، وأما في عرفنا
< ف > يقع على الفرس .

ولو حلف « لا يكلم فلاناً » فناداه من بعيد ، وهو حاضر في مكان
بعيد ^(١) : < ف > إن كان في موضع لو أصغى إليه أذنه يسمعه : فإنه يحث في يمينه ،
وإن لم يسمعه لاشتغاله بأمر آخر ^(٢) ، وإن كان في موضع لا يسمعه ، لبعده :
فإنه لا يحث .

وكذا إذا كان أصم بحيث لو أصغى إليه أذنه لا يسمع ^(٣) : لا يحث ،
لأن تكليم فلان عبارة عن إسماع كلامه إياه ، إلا أن الإسماع أمر باطن ،
فأقيم السبب الظاهر مقامه ، وهو ما ذكرنا .

ولو كان نادماً فناداه حتى أيقظه ^(٤) : حث في يمينه ، لأنه أسمعه كلامه .
وإن لم يوقظه : لا يحث ، وهو الصحيح ^(٥) ، لأن الإنسان لا يعد مكلاً
لنائم إذا لم يتيقظ ^(٦) بكلامه ، كما لا يعد متكلاً ^(٧) مع ^(٨) الغائب .

ولو سلم على قوم والمحلو ف عليه فيهم : حث في ^(٩) يمينه ، لأنه كله ،

(١) « وهو حاضر في مكان بعيد » ليست في ب .

(٢) في ح : « بأمر آخر لا يحث » .

(٣) في ب : « يحث ولو أصغى إليه أذنه وهو لا يسمع » .

(٤) كذا في أ . وفي الأصل و ب : « أن أيقظه » . وفي ح : « فناداه : أيقظه » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فهو الصلح » .

(٦) في ب : « يوقظه » . وفي أ : « يستيقظ » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و أ و ح : « مكلاً » .

(٨) في ح : « مكلاً عن » .

(٩) « في » من ح . و « في يمينه » ليست في ب .

وكلم غيره أيضاً ، فإن قصد بالسلام عليهم دونه ، تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى ، لا^(١) نه^(١) نوى تخصيص كلامه .

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه^(٢) معه^(٣) في الصلاة : <ف>
إن كان الحالف إماماً ينظر : إن كان المحلوف عليه على^(٤) يمينه :
لا يحنث ، لأن التسليم الأول كلام في الصلاة ، لا^(٥) نه بها يخرج عن
الصلاة ، ولا تفسد الصلاة ، فلا يكون من كلام الناس . وإن كان على
يساره^(٥) : فقد اختلف المشايخ فيه .

وإن كان الحالف مقتدياً : فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف كذلك ،
لأن المقتدى لا يصير خارجاً عن الصلاة بسلام^(٦) الإمام عندهما ، وعلى
قول محمد : يحنث ، كيفما كان ، لأنه صار خارجاً عن صلاته بسلام الإمام ،
فوجد كلام^(٧) خارج الصلاة مع فلان ، فيحنث .

ولو كاتب فلاناً أو أشار إليه بالإصبع : فإنه لا يحنث ، لأن هذا
ليس بكلام .

. . .

(١) « لا^(١) نه » من اوب و ح .

(٢) « والمحلوف عليه » ليست في ح .

(٣) « معه » من اوب و ح .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) « على » من ح و ب . وفي ا : « عن » .

(٦) في ا : « إلا بسلام » . وفي ح : « إلا سلام » .

(٧) في اوب و ح : « كلامه » .

ولو حلف «لا يتكلم اليوم»، ولا نية له، فصلى وكبر، وقرأ وسبح، لا يحنث، استحساناً، لأن هذا لا يسمى كلام الناس في العرف.

ولو قرأ خارج الصلاة^(١). أو سبح، أو هلل، أو كبر، يحنث عندنا، خلافاً للشافعي، لأن هذا كلام حقيقة^(٢)، لكن حالة الصلاة مستثناة بدلالة الحال، وقيل: هذا في عرفهم. وأما في عرفنا: <ف> لا يحنث، لأن هذا لا يسمى متكلماً، كما^(٣) في الصلاة.

ولو حلف «لا يكلم فلاناً عاجلاً أو آجلاً»، فالعاجل يقع على أقل من الشهر، والآجل يقع على الشهر فصاعداً.

ولو حلف «لا يكلمه إلى بعيد»، ولا نية له: فإنه يقع على أكثر من الشهر. ولو قال «إلى قريب»: يقع على الشهر فما دونه.

ولو حلف «لا يكلم فلاناً أياماً كثيرة»: فعلى قول أبي حنيفة رضى الله عنه: يقع على العشرة، وعلى قولهما: يقع على سبعة أيام.

وعلى هذا الخلاف^(٤): لو حلف «لا يكلم فلاناً الأيام»: عند أبي حنيفة: يقع على العشرة، وعندهما: على سبعة.

ولو حلف «لا يكلمه^(٥) أياماً»: <ف> في رواية الجامع^(٦): يقع على

(١) «الصلاة» من أوب و ح .

(٢) «حقيقة» ليست في ح و ا .

(٣) «كما» من أوب و ح .

(٤) «الخلاف» من ح و ا .

(٥) الماء من أوب و ح .

(٦) في أ و ح : «الجامع الصغير». انظر الهامش بدالتالي (الهامش ٢ ص ٤٩٣).

ثلاثة أيام^(١). وفي رواية كتاب الأيمان: يقع على العشرة عنده،
وعندهما: على سبعة^(٢).

وعلى هذا الخلاف: إذا حلف أن لا يكلمه^(٣) الشهور^(٤) أو السنين،
(بالألف واللام): <ف> عند أبي حنيفة يقع على عشرة. وعندهما: في
الشهور يقع على اثني عشر شهرا، وفي السنين^(٥) يقع على الأبد^(٦).
ولو حلف لا يكلمه^(٧) شهورا أو أشهر^(٨): فعلى ثلاثة أشهر^(٩)
بالاتفاق^(١٠).

(١) «أيام» من أ و ح. وانظر الهامش التالي.

(٢) في الجامع الكبير (ص ٦٠): «ولو قال: إن كنتك الأزيمة أو الدهور أو الجمع
أو الأيام أو الشهور أو السنين فهو في قول أبي حنيفة رضى الله على عشرة أزيمة وعشرة من كل صنف،
وفي قول أبي يوسف ومحمد رضى الله تعالى عنها في قوله: الأزيمة والدهور والسنين والجمع
على الأبد، وفي الأيام على سبعة، وفي الشهور على اثني عشر. ولو قال: إن كنتك أياما أو شهورا
أو سنينا أو دهورا أو جمافو على ثلاثة من هذا كله في قولهم «وفي الجامع الصغير (ص ٦١):
«رجل قال لبيده: إن خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فأكثر الأيام عشرة أيام. وقال أبو يوسف:
هو سبعة أيام».

(٣) الماء من ح و ب.

(٤) في ح: «الشهر».

(٥) «يقع على عشرة... السنين» من أ و ب و ح.

(٦) راجع الهامش المتقدم والهامش ٢.

(٧) الماء من ب.

(٨) في ب: «أو شهرا».

(٩) «أشهر» من ب. راجع الهامش ٢.

(١٠) «ولو حلف لا يكلمه شهورا... بالاتفاق» ليست في ح و أ. راجع الهامش ٢.

ولو حلف «لا يكلمه»^(١) جمعا أو^(٢) الجمع،^(٣) : <ف> في المنكر يقع على ثلاثة بالاتفاق ، وفي المعرفة : عند أبي حنيفة : على عشرة جمع^(٤) ، وعندهما : على جمع^(٥) الأبد .

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المعرفة يقع على الجنس ، وعندهما على المهود إن كان ، وإلا فيقع على السكـل ؛ وفي المنكر يقع على أقل الجمع بالإجماع^(٦) ، وهو ثلاثة .

ولو حلف «لا يكلمه»^(٧) دهرأ أو الدهر^(٨) ، فعندهما^(٩) : يقع في المنكر على ستة أشهر ، وفي المعرفة يقع على العمر ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : إن كان^(١٠) له نية فعلى ما نوى ، وإن لم يكن له نية فما أدري ما الدهر . ومن أصحابنا من قال : لا خلاف في الدهر أنه على الأبد ، وإنما قال أبو حنيفة «لا أدري ما الدهر»^(١١) إذا قال «دهرا» .

ولو حلف «لا يكلم فلانا حيناً ، أو زماناً ، أو الحين ، أو الزمان» : فإنه

(١) الماء من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ح : « و » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « أو الجمعة » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « جمعة » . راجع الهامش ٢ من ٤٩٣ .

(٥) « جمع » ليست في ب .

(٦) « بالإجماع » ليست في ا و ح .

(٧) الماء من ا و ب و ح .

(٨) في ح : « أو الدهور » .

(٩) في ب : « فنقدم » .

(١٠) في ب : « كانت » .

(١١) « ما الدهر » من ا و ح .

يقع على ستة أشهر ، لأنه يستعمل في أربعين سنة ، وفي الزمان القليل أيضاً يستعمل ، ويستعمل في ستة أشهر - فحمل على ستة أشهر ، لأننا لا^(١) نعلم أنه لا^(٢) يريد به القليل و^(٣) الكثير ، فحمل على الوسط .

ولو حلف «ليضربن عبده عشرة أسواط» ، فجمع عشرة أسواط وضربه مرة واحدة . وأصاب الجميع جلده : لا يحنث ، لأنه ضربه عشرة أسواط^(٤) . فأما إذا لم يصب كل سوط جلده ، فإنه يحنث ، لأنه لا يسمى ضارباً عشرة أسواط^(٥) .

ولو حلف « لا يقتل فلانا في المسجد أو لا يضربه أو لا يرمى إليه أو لا يشتمه » : فشكل فعل له أثر في المفعول يعتبر وجود الأثر ، ويتعلق بمكان المفعول ، وإن لم يكن له أثر ، يعتبر مكان^(٦) الفاعل : ففى^(٧) القتل والضرب والرمى : يعتبر مكان المفعول ، حتى لو كان الفاعل خارج المسجد والمفعول في المسجد : يحنث ، ولو كان على عكسه : لا يحنث . وفي الشتم : أو كان الشاتم خارج المسجد^(٨) ، والمشتوم في المسجد :

(١) « لا » من ا و ح .

(٢) في ح : « أنه يريد القليل » .

(٣) في ب : « أو » .

(٤) « فجمع عشرة أسواط . . . عشرة أسواط » ليست في ب .

(٥) « فإذا لم يصب . . . عشرة أسواط » ليست في ا و ح . وفي ب : « بعشرة أسواط » .

(٦) في ا و ح : « بمكان » .

(٧) الفاء من ا و ب و ح .

(٨) « المسجد » ليست في ح و ا .

ولو حلف «لا يكلمه»^(١) جمعا أو^(٢) الجمع،^(٣) : «ف» في المنكر يقع على ثلاثة بالاتفاق ، وفي المرف : عند أبي حنيفة : على عشرة جمع^(٤) ، وعندهما : على جمع^(٥) الأبد .

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المرف يقع على الجنس ، وعندهما على المهود إن كان ، وإلا فيقع على السك ؛ وفي المنكر يقع على أقل الجمع بالإجماع^(٦) ، وهو ثلاثة .

ولو حلف «لا يكلمه»^(٧) دهرأ أو الدهر^(٨) ، فعندهما^(٩) : يقع في المنكر على ستة أشهر ، وفي المرف يقع على العمر ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : إن كان^(١٠) له نية فعلى ما نوى ، وإن لم يكن له نية فما أدري ما الدهر . ومن أصحابنا من قال : لا خلاف في الدهر أنه على الأبد ، وإنما قال أبو حنيفة «لا أدري ما الدهر»^(١١) إذا قال «دهرا» .

ولو حلف «لا يكلم فلانا حيناً ، أو زماناً ، أو الحين ، أو الزمان» : فإنه

-
- (١) الماء من ا و ب و ح .
 - (٢) في ا و ح : «و» .
 - (٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : «أو الجمعة» .
 - (٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : «جمعة» . راجع الهامش ٢ من ٤٩٣ .
 - (٥) «جمع» ليست في ب .
 - (٦) «بالإجماع» ليست في ا و ح .
 - (٧) الماء من ا و ب و ح .
 - (٨) في ح : «أو الدهور» .
 - (٩) في ب : «فتقدم» .
 - (١٠) في ب : «كانت» .
 - (١١) «ما الدهر» من ا و ح .

يقع على ستة أشهر ، لأنه يستعمل في أربعين سنة ، وفي الزمان القليل أيضاً يستعمل ، ويستعمل في ستة أشهر - فحمل على ستة أشهر ، لأننا لا^(١) نعلم أنه لا^(٢) يريد به القليل و^(٣) الكثير ، فحمل على الوسط .

ولو حلف «ليضربن عبده عشرة أسواط» ، فجمع عشرة أسواط وضربه مرة واحدة . وأصاب الجميع جلده : لا يحنث ، لأنه ضربه عشرة أسواط^(٤) . فأما إذا لم يصب كل سوط جلده ، فإنه يحنث ، لأنه لا يسمى ضارباً عشرة أسواط^(٥) .

ولو حلف « لا يقتل فلانا في المسجد أو لا يضربه أو لا يرمى إليه أو لا يشتمه » : فشكل فعل له أثر في المفعول يعتبر وجود الأثر ، ويتعلق بمكان المفعول ، وإن لم يكن له أثر ، يعتبر مكان^(٦) الفاعل : ففي^(٧) القتل والضرب والرمى : يعتبر مكان المفعول ، حتى لو كان الفاعل خارج المسجد والمفعول في المسجد : يحنث ، ولو كان على عكسه : لا يحنث . وفي الشتم : لو كان الشاتم خارج المسجد^(٨) ، والمشتوم في المسجد :

(١) « لا » من ا و ح .

(٢) في ح : « أنه يريد القليل » .

(٣) في ب : « أو » .

(٤) « فجمع عشرة أسواط . . . عشرة أسواط » ليست في ب .

(٥) « فإذا لم يصب . . . عشرة أسواط » ليست في ا و ح . وفي ب : « بعشرة أسواط » .

(٦) في ا و ح : « بمكان » .

(٧) الفاء من ا و ب و ح .

(٨) « المسجد » ليست في ح و ا .

لا يَحْنُثُ^(١)، وعلى عكسه: يَحْنُثُ^(٢).

ولو قال « لا^(٣) أَتَزُوجُ فِي مَكَانٍ كَذَا أَوْ فِي يَوْمٍ كَذَا، فَزَوْجُهُ الْفُضُولَى امْرَأَةٌ فِي مَكَانٍ آخَرَ أَوْ^(٤) فِي يَوْمٍ آخَرَ، فَبَلَّغَهُ الْحَبِيرَ، فَأَجَازَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَلَفَ وَفِي الْيَوْمِ الَّذِي حَلَفَ: يَحْنُثُ، وَيَعْتَبَرُ مَكَانَ الْإِجَازَةِ، لِأَنَّهُ لَهُ أَثَرًا وَهُوَ الْحَكْمُ.

وَكَذَا فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ: يَعْتَبَرُ^(٥) مَكَانَ الْإِجَازَةِ وَيَوْمَ الْإِجَازَةِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فِي الْعَقْدِ الشَّرْعِيِّ يَعْتَبَرُ مَكَانُ الْفَاعِلِ وَزَمَانُهُ، وَفِي الْقَتْلِ: كَمَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ، لِأَنَّهُ الْحَكْمُ يَثْبُتُ مِنْ^(٦) وَقْتِ الْعَقْدِ.

وَلَوْ حَلَفَ « لَا يَدْخُلُ هَذَا^(٧) الْفُسْطَاطَ، وَهُوَ مُضْرُوبٌ فِي مَكَانٍ، فَقُلْعٌ وَضُرِبَ فِي مَكَانٍ آخَرَ، فَدَخَلَهُ^(٨): حَنْثٌ، لِأَنَّهُ الْيَمِينُ يَقَعُ عَلَى الْعَيْنِ، وَالْعَيْنُ^(٩) بَاقٍ.

وَلَوْ حَلَفَ « لَا يَجْلِسُ إِلَى هَذِهِ الْأَسْطُوَانَةِ، وَهِيَ مَبْنِيَّةٌ أَوْ « إِلَى هَذَا

(١) « لَا يَحْنُثُ » لَيْسَتْ فِي ح .

(٢) « يَحْنُثُ » لَيْسَتْ فِي ب .

(٣) « لَا » لَيْسَتْ ح .

(٤) الْمَعْرُوفَةُ مِنْ أ . وَفِي ب: « فِي مَكَانٍ آخَرَ فِي يَوْمٍ آخَرَ » فَلَيْسَ فِيهَا: « أَوْ » .

(٥) كَذَا فِي ح وَ أ . وَفِي ب: « الْمَعْتَبَرُ مَكَانٌ . . . » . وَفِي الْأَصْلِ كَلِمَةٌ غَيْرُ وَاضِعَةٍ.

(٦) كَذَا فِي أ وَ ب وَ ح . وَفِي الْأَصْلِ: « بَيْنَ » .

(٧) كَذَا فِي أ وَ ب وَ ح . وَفِي الْأَصْلِ: « هَذِهِ » .

(٨) « فَدَخَلَهُ » مِنْ أ وَ ب وَ ح .

(٩) فِي أ وَ ح: « عَلَى الْعَيْنِ وَالْمَعِينِ » .

الحائط » ، فهما ، ثم بنيا بنقضهما^(١) ، فجلس إليه : لا يحث ، لأن العائد غير الأول .

ولو حلف « لا يكتب بهذا القلم » ، فكسر القلم ، بحيث لم يبق له صورته^(٢) ، ثم براه ، فكتب به : لم يحث ، لأن بعد^(٣) الكسر هو أنبوبة ، فإذا براه ، فهو غير الأول .

وكذا إذا حلف على مقص أو سكين أو^(٤) سيف ، فكسر ، ثم أعاده ثانيا : لا يحث ، لأنه غير الأول .

ولو نزع مسمار المقص ، ونصاب السكين ، وجعل مكانه مسمارا آخر^(٥) أو نصابا آخر : يحث ، لأن الأول باق ، وإنما فوات وصف التركيب^(٦) . ولو حلف « لا يدخل هذه الدار » فجعلها بستانا أو حماما أو مسجدا : لا يحث ، لأنها صارت شيئا آخر من حيث الانتفاع والغرض .

ولو حلف « لا يدخل هذا البيت » فهدمه ثم بناه ثانيا ، فدخل : لا يحث ، لأن البيت اسم للمبنى ، وهذا غير بناء^(٧) الأول ، بخلاف الدار إذا هدمها ، ثم بناها ثانيا ، فدخلها ، أو دخل وهي مهدومة : يحث ، لأن الدار اسم للعرصة ، والبناء تابع^(٨) .

(١) في ب : « بنقضها » . وفي ح : « فهدم ثم بنى بعد بنقضها » . وفي ا : « فهدم ثم بنى بعد بنقضها » .

(٢) في ب : « صورة » . وفي ا و ح : « بحيث لم يبق صورته » .

(٣) « بعد » ساقطة من ا و ح .

(٤) الهزمة من ا و ب و ح .

(٥) « آخر » من ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « التركيب » .

(٧) في ا و ح : « البناء » . (٨) « تابع » ليست في ا .

ولو كان اليمين على خف أو قميص أو جبة ، ففتقها ، ثم أعادها : حث ،
لأن العائد عين ^(١) الأول .

ولو فتق القميص فجعله جبة محشوة ، لم يحنث ، لأن الجبة غير القميص .
ولو حلفت المرأة « لا تلبس هذه الملحفة » ^(٢) ، فخط جانبها ، فجعلت ^(٣)
درعا ، وجعلت ^(٤) لها جيبا ، فلبستها : لم تحنث ، لأن الدرع ^(٥) غير
الملحفة ^(٦) .

ولو حلف « لا أكلم عبد فلان » أو « لا أدخل دار » ^(٧) فلان ، أو ^(٨)
« لا أركب دابة فلان » ^(٩) ، أو « لا ألبس ثوب فلان » ولم يعين ، ثم زال
الملك ^(١٠) ، فحكم العبد ، أو دخل الدار ، أو ركب الدابة ، أو لبس ذلك
الثوب : لا يحنث ، بالاجماع . بخلاف الزوجة والصديق ، لأنه يحتمل
أن يكون الحلف لمعنى فيها ^(١١) . فأما إذا عين فقال « لا أكلم » ^(١٢) عبد

(١) في ا : « غير » . (٢) انظر فيما يلي الهامش ٦ .

(٣) في ا : « فجعلها » . وفي ح هكذا : « فخط جانبها فجعلها » .

(٤) في ب : « وجعل » .

(٥) كذا في ا وب و ح . وفي الاصل : « الدرعة » .

(٦) درع المرأة قميصا والملحفة هي الملاءة التي تلتحف بها المرأة (المصباح) .

(٧) كذا في ا وب . وفي ح : « ولا يدخل الدار فلان » . وفي الاصل : « لا أدخل أو فلان » .

(٨) « أو » من ا وب و ح .

(٩) في ح : « أو لا يركب الدابة فلان » ففي ح : « ولو حلف لا يكلم عبد فلان ولا يدخل

الدار فلان أو لا يركب الدابة فلان » .

(١٠) في ح : « ولم يعين وذلك في ملكه ثم زال الملك » . وفي ا : « ولم يعين وذلك

في ملكه ثم زال الملك » .

(١١) « بخلاف الزوجة ... لمعنى فيها » من ب مع إضافة « الحلف » من ا و ح . والعبارة

في ا و ح مع خلاف يسير في اللفظ انظر فيما بعد الهامش ١٢ من ٤٩٩ .

(١٢) كذا في ب . و « لا أكلم » ليست في ا و ح . وفي الاصل : « لا أعلم » .

فلان هذا^(١)، أو « لا أدخل < دار فلان هذه^(٢) »، أو « لا أركب دابة فلان هذه » أو « لا ألبس ثوب فلان^(٣) هذا »: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: تبقى اليمين ببقاء الإضافة، فإذا زالت بزوال الملك، تبطل اليمين، إلا أن يعين^(٤) سكنى^(٥) هذه الدار خاصة. وقال محمد: يحنث، وإن زال ملك فلان^(٦)، إلا أن يعنى^(٧) « مادام ملكا لفلان ».

ولو حلف « لا يكلم زوجة فلان هذه » أو « صديق فلان هذا »، وزال^(٨) النكاح والصدقة فكلم: حنث، بالاجتماع. ولو حلف « لا أكلم هذا العبد » أو « لا أدخل هذه الدار » أو^(٩) « لا أركب هذه الدابة » يعتبر العين بالاجتماع.

فأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الإضافة شرطا^(١٠) لليمين. لأن الظاهر بهذه الإضافة الامتناع من الكلام لمعنى في المالك، كما إذا لم يكن معينا^(١١)،

(١) « هذا » ليست في ب .

(٢) في ح : « هذا » .

(٣) « فلان » من اوب و ح .

(٤) في ب : « يعنى » .

(٥) كذا في اوب و ح . وفي الاصل : « السكنى » .

(٦) في او ح : « الملك » .

(٧) في ار ح : « يمين » .

(٨) في اوب و ح : « فرال » .

(٩) و (١٠) الهمنة من ا .

(١١) « شرطا » من اوب و ح .

(١٢) زاد في ب هنا عبارة تقدمت وهى : « بخلاف الزوجة والصديق لأنه يجوز أن

يكون المعنى فيهما » . راجع الهامش ١١ ص ٤٩٨ .

ومحمد رحمه الله جعل الإضافة للتعريف بمنزلة الاسم إذا وجد التعيين حتى لا^(١) يلغو التعيين، كما في الزوجة والصديق عند التعيين.

ولو حلف «لا يدخل دار فلان»، و^(٢) «لا يلبس ثوب فلان»، و^(٣) و^(٤) «لا يركب دابة فلان»، و^(٥) «لا يكلم عبد فلان»، و^(٦) «لا يأكل عند فلان»، و^(٧) «لا يأكل كل^(٨) طعام فلان»، و^(٩) «لا يشرب شراب^(١٠) فلان»، فهذا على ما في ملكه^(١١) يوم فعل الذي حلف عليه، ولا يشترط قيام الملك يوم حلف. هذا جواب ظاهر الروايات عن أصحابنا. وروى ابن سماعة عن محمد أنه يقع على ما في ملكه يوم حلف ولا يحمل على ما يحدث فيه الملك. وروى عن^(١٢) أبي يوسف أنه قال: فيما يستدام فيه الملك ولا يتجدد ساعة فساعة: فاليمين على ما في ملكه، كالدار^(١٣) والعبد والثوب، وما يتجدد فيه الملك حالا فحالا في العادة^(١٤): فإنه يقع على ما في^(١٥) ملكه يوم

(١) «لا» ليست في أو ح.

(٢) في أو ح: «أو».

(٣) «فلان» ليست في ب.

(٤) في أو ح: «أو».

(٥) في أو ب و ح: «أو».

(٦) و(٧) في أ: «أو».

(٨) «عند فلان ولا يأكل» من ح.

(٩) في أ: «أو».

(١٠) في أو ح: «من شراب».

(١١) في أو ح: «على ما يملكه». وفي ب: «على ما ملكه».

(١٢) «محمد أنه يقع... وروى عن» ليست في أو ح. ففيها: «وروى ابن سماعة عن أبي يوسف».

(١٣) كذا في أو ب و ح. وفي الأصل: «الدار».

(١٤) في ب كذا: «فحالا لا في العادة». (١٥) «في» ليست في أو ح.

فعل^(١)، كالطعام^(٢) والشراب .

والصحيح جواب ظاهر الروايات ، لأن هذه اليمين غقدت على المنع من الفعل في ملك فلان ، فيعتبر^(٣) يوم الفعل .

ولو حلف « لا يدخل دار فلان » فدخل دارا هو ساكنها ، بالملك أو بالإجارة أو بالإعارة ، فهو سواء ، ويبحث ، لأن الدار تضاف إلى المستأجر والمستعير في العرف .

ولو حلف^(٤) « من بشرني من عيدي بقدم فلان فهو حر » فبشره جماعة من عبيده : فإن كانوا^(٥) معا : عتقوا ، وإن سبقهم واحد منهم ثم الباقيون : يعتق السابق . وإن حصل له العلم بقدم فلان ، بنجر غيرهم ، أو بالمشاهدة منه^(٦) ثم أخبره من العبيد^(٧) الذين حلف بعقدهم ، فإنه لا يعتق واحد منهم ، لأن البشارة خبر سار ليس عند المخبر به خبره ، وهذا لا يحصل إذا كان له علم قبل خبره . وإذا لم يكن عالما ، حصل العلم بنجر الجماعة معا ، فيبحث^{(٨) و(٩)} .

(١) في ا و ح : « يوم فعل الذى حلف » . ففيها زاد هنا : « الذى حلف » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فالطعام » .

(٣) « فيعتبر » ليست في ب .

(٤) في ب : « ولو قال » .

(٥) « فإن كانوا » ليست في ا و ح .

(٦) « منه » من ا و ح .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « العابد » .

(٨) في ا و ح كذا : « معا صحت » .

(٩) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب النذر

إذا^(١) نذر الله سبحانه وتعالى بما هو قربة وطاعة ، يجب عليه الوفاء به ، ولم يجب عليه غير ذلك. وإن كان مباحاً لا يجب عليه شيء . وإن كان معصية لم يجب عليه الوفاء به^(٢) ، وعليه كفارة اليمين إذا فعله^(٣) .
و^(٤) أصله قوله عليه السلام : « من نذر نذراً أن يطيع الله فليطعه^(٥) ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ، وقال عليه السلام : « النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين^(٦) » .

وهذا على الرواية المشهورة عن أصحابنا فيمن قال « لله على أن أصوم سنة ونحوها » يلزمه الوفاء بها ، ولا يجزئه كفارة اليمين . وفي رواية : تجزئه كفارة اليمين^(٧) .

(١) في ح : « قال رحمه الله : إذا » .

(٢) « ولم يجب عليه غير ذلك . . . الوفاء به » ليست في ب .

(٣) أى فعل الواجب وهو الحنث . وفي متن التنوير (على هامش حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة الاثميرية ، ٣ : ٦٤) : « ومن حلف على معصية كعدم الكلام مع أبويه أو قتل فلان اليوم وجب الحنث والتكفير » .

(٤) الواو من ح و ا .

(٥) في ب : « فليطع » . وفي ا : « فليطعه » . وفي ح : « فليطعه » .

(٦) في ا و ح : « اليمين » .

(٧) « وفي رواية تجزئه كفارة اليمين » ليست في ا .

وقالوا : رجع أبو حنيفة رحمه الله عن الجواب الأول ، إليه - وهو قول الشافعي ^(١) . والمسألة معروفة .

ولو قال « لله على أن أحج ماشيا » يلزمه الحج ما شيا ، فلو حج راكبا يجزئه ، وعليه إراقة الدم ، لأن النذر ملحق بالأمر ، والحج الواجب راكبا لا ماشيا ، فخرج عن نذره لكن يلزمه الدم ^(٢) ، لأنه أدخل نقصا - وفيه ورد الحديث هكذا .

ولو قال « لله على أن أصلي ركعتين ^(٣) يوم كذا » أو « في موضع كذا » فصلى قبل ذلك اليوم ، أو في موضع آخر : أجزأه ، عنه .
ولو قال « لله على أن أتصدق يوم كذا » أو « على مساكين بلد كذا ^(٤) » فإنه لا يتقيد بذلك .

ولو قال ^(٥) « لله على أن أصوم رجب » فصام شهرا قبل ذلك ^(٦) ، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قول محمد : لا يجزئه .
أما الصلاة فلا تتقيد بالمكان واليوم ، لأن معنى القرابة في نفس الفعل ، وكذا الصدقة . وأما الصوم فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان : إن ذكر

(١) في ا و ح : « عن الجواب الأول » ، إليه ، في سبعة أيام قبل موته - كذا روى أخذ هذا القول الشافعي .

(٢) « الدم » ليست في ح و ا .

(٣) زاد في ا و ح هنا : « في » .

(٤) هكذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « مساكين بكذا » .

(٥) « قال » ليست في ح .

(٦) في ا و ب و ح : « قبله » .

الوقت للتقدير لا لتعين^(١) الواجب، لأن الأوقات، في معنى العبادة، سواء.
ولو قال «على طعام مساكين» ولم يكن له نية - فعليه أن يطعم عشرة
مساكين : كل مسكين نصف صاع من بر^(٢) .
ولو قال «لله على صدقة» ولم يكن له نية : فعليه نصف صاع^(٣) .
ولو قال «لله على صوم» : فعليه صوم يوم .
ولو قال «لله على أن أصلي صلاة»^(٤) : فعليه^(٥) ركعتان ، لأن النذر
معتبر^(٦) بالأمر ، فإذا لم يذكر فيه^(٧) التقدير ، اعتبر أدنى ما ورد في^(٨)
الأمر ، وهو ما ذكرنا^(٩) .

-
- (١) في ا و ح : «لتقدير لا لتعين الواجب». وفي ب : «لتقدير لا لتعين الواجب» .
(٢) «من بر» ليست في ح و ا .
(٣) «ولو قال : لله ... نصف صاع» ليست في ا .
(٤) «صلاة» ليست في ا و ح .
(٥) «فعليه» ليست في ح و ب . وفي ب : «ركعتان» .
(٦) في ب : «متعين» .
(٧) «فيه» ليست في ا و ح .
(٨) في ا و ح : «فيه» .
(٩) زاد في ب : «والله تعالى أعلم» .

باب

كفارة اليمين

الحائث ^(١) لا يخلو : إما إن كان موسرا ، أو معسرا .

فإن كان موسرا

فهو مخير بين ثلاثة أشياء : بين الإطعام ، والكسوة ، والاعتاق - لقوله تعالى : « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة (الآية) ^(٢) » .
فإن اختار الطعام :

يعطى كل مسكين نصف صاع ^(٣) من حنطة ، أو صاعا من شعير ، أو دقيقهما ^(٤) ، أو صاعا من تمر ^(٥) ، أو قيمة هذه الأشياء : دراهم و ^(٦) دنانير أو عروضاً ، كما في صدقة الفطر على ما ذكرنا ^(٧) .

ولو دعا عشرة مساكين ، ففداهم وعشاهم ، مشبعاً ، خبزاً مع الإدام . أو بغير الإدام ، أو سويقاً ، أو تمرًا - كان جائزاً ، لأن الله

(١) في ح : « قال رحمه الله : الحائث » .

(٢) المائدة : ٨٩ ونصها : « لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون » .

(٣) « نصف صاع » ليست في ب .

(٤) في ا و ح : « أو صاعاً من دقيق » .

(٥) في ح : « أو تمرًا » . (٦) في ا و ب و ح : « أو » .

(٧) راجع ص ٥١٦ وما بعدها من الجزء الأول .

تعالى أمر بالإطعام ، وهو اسم للفعل ، إلا أن التمليك ^(١) عرفناه بدلالة النص ، والإطعام في حق الأهل قد يكون مع الإيدام ^(٢) ، وقد يكون بغيره .

ولو أطعم مسكيننا واحدا عشرة أيام ، غداء وعشاء ، أو أعطى مسكيننا واحدا ، عشرة أيام ، كل يوم نصف صاع ، جاز ، لأن المقصود سد خلة عشرة مساكين ، عشرة أيام ، وقد حصل ^(٣) .

ولو أطعم عشرة مساكين في يوم ^(٤) غداء ، وأعطى كل واحد مدا ^(٥) من الطعام ، جاز ، لأنه جمع بين التمليك وطعام الإباحة .

وكذا لو غدى رجلا واحدا ، عشرين يوما ، أو عشى رجلا ^(٦) في رمضان عشرين يوما ^(٧) ، جاز ، لأن المقصود قد حصل .

ولو أعطى مسكيننا واحدا ، طعام عشرة ، في يوم واحد ، لم يجز ، لأن الله تعالى أمر بسد جوعة ^(٨) عشرة مساكين ، جملة ^(٩) أو متفرقا على الأيام ، ولم يوجد .

(١) في ب : « لأن التمليك » .

(٢) « قد يكون مع الإيدام » ليست في ح .

(٣) « واحدا عشرة أيام . . . حصل » ليست في ب .

(٤) « في يوم » ليست في ح و ا .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل وهامشه : « وأعطى كل واحد قدرا من الطعام واحدا : مدا » .

(٦) كذا في ا و ح . وفي ب مكتوبة هكذا : « رجلان » . وفي الأصل : « عشرين رجلا في رمضان عشرين يوما » .

(٧) في ا و ح : « ليلة » .

(٨) في ب و ح : « جوع » . (٩) في ب : « جماعة » .

ولو أطعمهم فقراء أهل الزمة ، جاز ، وفقراء المسلمين أفضل ، كما ذكرنا في صدقة الفطر ، خلافاً لأبي يوسف (١) .

. . .

وإن اختار الكسوة :

كسا كل مسكين ثوبين . وإن كساهم (٢) ثوباً جامعاً نحو القميص ، والقباء ، والملحفة ، والكساء : جاز ، لأن الله تعالى أمر باللبس كساء (٣) ، فكل ثوب يصير به كاسياً دخل تحت النص (٤) .

ولو كساه قلنسوة أو عمامة : لا يجوز (٥) ، لأنه لا يسمى به كاسياً (٦) . ولو كساه سراويل (٧) ، قال : لا يجوز .

ولو كساه إزاراً : جاز ، ولكن أراد به أن يكون من الرأس إلى القدم . وأما إذا كان يستر به العورة ولا يستر البدن : لا يجوز - وهذا جواب ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال : إذا كان مما يستر به العورة ، ويجوز فيه الصلاة : يجوز . والمعتبر في ظاهر الرواية ما يسمى لا بساً ، ولا بس السراويل (٨) يسمى عريانا .

ولو أن قيمة العمامة والسراويل (٩) بلغت قيمة الطعام - هل يقع عن

(١) راجع ص ٢٦٩ وما بعدها من الجزء الأول .

(٢) في أ و ح : « ثوبين وكساهم » . وفي ب : « ثوبين وإن كساه » . (٣) في ب : « بالكسوة » .

(٤) « تحت النص » من أ و ح . و « دخل تحت النص » ليست في ب .

(٥) « واوكساه قلنسوة . . . لا يجوز » ليست في ب .

(٦) « لأنه لا يسمى به كاسياً » ليست في أ و ب و ح .

(٧) كذا في ح . وفي أ و ب : « سراويل » . وفي الأصل : « سرايلا » . والسير بال

بالكر القميص أو الدرع أو كل ما لبس (القاموس) .

(٨) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « السراويل » راجع الهامش المتقدم .

(٩) في أ : « أو قيمة السراويل » .

الطعام؟ عند محمد: يقع بغير نية، إذا وجدت منه نية^(١) الكفارة. وعند أبي يوسف: لا يقع^(٢) ما لم ينو الكسوة^(٣) عن الطعام.

وأما إذا اختار التحوير:

< ف > إن أعتق رقبة مطلقة كاملة الذات، وكاملة الرق، بنية الكفارة، بأى صفة كانت: جاز، صغيرا كان أو كبيرا، مسلما كان أو ذميا، لأن الله تعالى أمر بإعتاق رقبة مطلقة، بقوله: «أو تحرير رقبة»^(٤) - وكذا فى كفارة الظهار، وهذا عندنا.

وعند الشافعى: لا يجوز إلا المؤمنة، كما فى كفارة القتل. ولو أعتق رقبة معيبة: فلا أصل^(٥) فيه أن كل عيب يوجب فوات جنس المنفعة، يمنع عن الكفارة، وإلا فلا. إذا ثبت هذا نقول:

إذا أعتق عبدا أعور، أو مقطوع إحدى اليدين، أو الرجلين^(٦)، أو اليد والرجل من خلاف، أجزاءه، لأن منفعة الجنس باقية. ولو أعتق الأعمى أو^(٨) المقطوع اليدين أو^(٩) الرجلين^(١٠) والرجل^(١١)،

(١) كذا فى أ و ح. وفى ب: «إذا وجدت بنية الكفارة» وفى الأصل: «إذا وجدت الكفارة».

(٢) فى أ و ب و ح: «لا يجوز».

(٣) فى ب: «عن الكسوة».

(٤) راجع فيها تقدم الهامش ٢ ص ٥٠٥.

(٥) الفاء من أ و ب و ح.

(٦) فى أ: «أو إحدى الرجلين».

(٧) فى ح: «أو».

(٨) الممزة من أ و ب.

(٩) الممزة من ب. (١٠) «أو الرجلين» ليست فى أ و ح.

(١١) فى ب: «أو المقطوعة اليدين أو الرجلين واليد والرجل أو المقطوعة اليد والرجل».

أو المقطوع اليد و^(١) الرجل من^(٢) جانب واحد، لا يجوز، لأن منفعة الجنس معدومة .

وأما المخنون المغلوب، فلا يجوز^(٣)، لأن منفعة الجنس معدومة. ولو أعتق مفلوجا يابس الشق : لا يجوز، لأنه فات منفعة الجنس. ولو أعتق الحمل : لا يجوز، وإن ولد حيا بعد يوم، لأنه في معنى الأجزاء من وجه .

وأما الأصم : فالقياس أن لا يجوز. وفي الاستحسان : يجوز، لأنه إذا بولغ في الصياح، يسمع، فلا يفوت جنس المنفعة .
وأما الآخرس : <ف> لا يجوز^(٤)، لما قلنا .

ولو أعتق حلال الدم، جاز، لأنه رقبة كاملة لوجود الملك، واسم الرقبة ووجوب^(٥) القصاص^(٦)، لا يمنع جواز التكفير به^(٧)، وإنما وجب عليه حق^(٨) .

(١) في ح : « أو » .

(٢) فالعبارة في ح : « ولو أعتق الأعمى والمقطوع اليدين أو مقطوع اليد أو الرجل من جانب واحد » . وفي أ : « ولو أعتق الأعمى أو المقطوع اليدين أو مقطوع اليد والرجل من جانب واحد » . وفي ب : « ولو أعتق الأعمى أو المقطوعة اليدين أو الرجلين واليد والرجل أو المقطوعة اليد والرجل من جانب واحد » .

(٣) في ب : « فلا يجزى » .

(٤) « لا يجوز » من أ و ب و ح .

(٥) في ب : « فوجب » . وفي أ و ح : « فوجب » .

(٦) في ح : « القضاء » فقها : « فوجب القضاء » .

(٧) « به » من أ و ب و ح .

(٨) عبارة « وإنما وجب عليه حق » وردت في أ و ب و ح بعد قوله : « لأنه رقبة كاملة »

ولو أعتق عبداً مديوناً ، جاز ، وللغرماء حق الاستسعاء .
ولو أعتق ذا رحم محرم^(١) منه عن الكفارة ، جاز ، عندنا ،
خلافاً للشافعى .

ولو أعتق المكاتب - جاز ، عندنا^(٢) - خلافه .

ولو أدى بعض بدل الكتابة : لا يجوز ، بالإجماع^(٣) .

ولو أعتق عبداً مشتركاً بينه وبين شريكه ، وهو موسر ، واختار
الشريك الضمان حتى عتق كله عن المعتق ، لا يجوز عند أبى حنيفة ، وعندهما :
يجوز - لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما ، فيقع الكل^(٤) عن الكفارة ،
وثبت الملك بالضمان سابقاً . وعند أبى حنيفة الإعتاق يتجزأ : فإذا أعتق
النصف جاز ، وينتقص^(٥) ، فإذا ضمن مَلَك النصف الناقص^(٦) و^(٧) ،
وإعتاق^(٨) الناقص لا يجوز^(٩) .

وبمثلها لو^(١٠) أعتق نصف عبده عن الكفارة ثم أعتق النصف الباقي :

(١) « محرم » ليست فى - .

(٢) « عندنا » ليست فى - .

(٣) « بالإجماع » من ا .

(٤) « يقع الكل » ليست فى ا و - .

(٥) فى ا و - : « ونقص »

(٦) فى ا و - : « فإذا ملك ضمن ملك النصف الناقص » .

(٧) من هنا بدأ نقص فى - (المخطوط ٧٤٢ وهه حنفى بدار الكتب المصرية) يستمر لى

جزء من كتاب المضاربة .

(٨) فى ب : « واعتبار » .

(٩) « لا يجوز » ليست فى ا .

(١٠) فى ا : « ولو » .

جاز، وبين الأمرين فرق بعيد^(١).

وإن كان معسرا حتى وجبت السعاية على^(٢) العبد، لا يجوز، لأنه يجب^(٣) عليه السعاية، فيصير كالعتق بعوض - وهذه مسألة^(٤) معروفة. ولو قال لعبد «إن^(٥) اشتريتك فأنت حر» ثم اشتراه، بنية الكفارة: لا يجوز، لأنه لم توجد النية منه^(٦) عند اليمين وإنه^(٧) يصير معتقا بذلك الكلام، حتى لو قال له «إن اشتريتك عن يميني^(٨) فأنت حر عن كفارة يميني» جاز.

ولو أعتق المدبر أو أم ولد^(٩) عن الكفارة، لا يجوز، لأنه ناقص الرق^(١٠).

أما إذا كان الخالف^(١١) معسرا

فعليه صوم ثلاثة أيام متتابة، عندنا.

وعند الشافعي: يجوز متفرقا - وقد ذكرنا هذا^(١٢).

ولو أفطر لمرض، أو المرأة تحيض^(١٣)، استقبلا لهما يجدان ثلاثة

(١) «بعيد» ليست في ب و ا.

(٢) كذا في ا و ب. وفي الأصل: «عن».

(٣) في ا: «لا يجب».

(٤) في ب: «مسائل». وفي ا: «المسألة».

(٥) في ب: «لأن».

(٦) «منه» من ا و ب.

(٧) في ب: «فإنه».

(٨) «عن يميني» من ب.

(٩) «حتى لو قال له... أو أم الولد» ليست في ا.

(١٠) راجع «باب أم الولد» و «باب المدبر» ص ٤٠٦ - ٤١٥.

(١١) في ا و ب: «الخالف».

(١٢) «هذا» من ا. (١٣) في ا و ب: «لحيض».

أيام لا تحيض فيها ولا مرض في الغالب، فيبطل التتابع^(١)، بخلاف صومه^(٢) شهرين متتابعين فإن ثم لا ينقطع التتابع، لأجل العذر، وينقطع بالمرض لأن الغالب أن الشهرين لا يخلوان عن الحيض أو عن المرض^(٣).

ولو أن المعسر إذا أيسر في خلال الصوم، يجب عليه الإطعام أو الاعتاق أو الكسوة، ويبطل الصوم، لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل.

ولو أيسر بعد الصيام، لا يبطل الصوم^(٤)، بخلاف الشيخ الفاني : إذا أطعم مكان الصوم ثم قدر، يبطل، لأن ذلك بدل ضروري . ولو أعتق رجل، بأمر رجل، أو أطعم عنه، أو كسا : جاز، وإن لم يعطه الدراهم والدنانير^(٥).

وإن فعل بغير^(٦) أمره ثم أجازته : لم يحجز، لأن الاعتاق بأمره كإعتاقه، ويكون تملكها للعبد منه، وأمره بذلك قبول^(٧) منه، فجاز^(٨). فأما إذا فعل بغير^(٩) أمره، لا يتوقف على إجازته، لأنه وجد نفاذا على

(١) « التتابع » من ا و ب .

(٢) في ا و ب : « صوم » .

(٣) « وينقطع بالمرض . . . المرض » من ا و ب .

(٤) « الصوم » من ا .

(٥) « والدنانير » ليست في ا و ب .

(٦) في ا : « فإن فعل لغير » .

(٧) في الأصل و ا و ب : « قبولاً » .

(٨) في ب : « لجاز » .

(٩) في ا : « لغير » .

مالكه^(١) ، وهو التقرب إلى الله ، فلا يتوقف .

ولو صرف قيمة الطعام و^(٢) الثياب ، بنية الكفارة ، إلى بناء المساجد أو أكفان الموتى أو قضاء دين رجل فقير ، فإنه لا يقع عن الكفارة ، لأن الواجب هو التملك ، ولم يوجد .

ولو كان الحائض له مال ، وعليه دين مستغرق ، أجزاء الصوم^(٣) ، لأنه مستحق الصرف إلى الدين .

ولو كان له عبد وعليه دين ، لم يجزه^(٤) الصوم ، لأنه قادر على إعتاقه عن الكفارة . وقيل : من أصحابنا من قال^(٥) : يجوز ، لكونه فقيرا^(٦) .

(١) في ب : « على ملكه » .

(٢) في أ : « أو » .

(٣) « الصوم » ليست في أ - انظر ما يلي في المتن .

(٤) كذا في أ . وفي الأصل وب : « لم يجزه » . والإصحح ما في المتن (راجع المغرب) .

(٥) « من قال » من أ . وفي ب : « وقال بعض أصحابنا : يجوز . . »

(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الإجارة^(١)

الإجارة^(٢) نوعان : إجارة على المنافع ، وإجارة على الأعمال .
ولكل نوع شروط ، وأحكام .

أما الإجارة على المنافع^(٣)

< ف > كإجارة الدور و^(٤) المنازل^(٥)، والخوانيت والضياع ، وعبيد الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلى للباس^(٦)، والأواني والظروف للاستعمال .

. . .

والعقد جائز في ذلك كله .

. . .

ومرط هواز ه أن تكون العين المستأجرة معلومة^(٧) ، والأجرة

(١) كل « كتاب الإجارة » ناقص من « وهو استمرار للنقص الذى نوهنا عنه فى باب « كفارة اليمين » (راجع الهامش ٧ ص ٥١٠) . وفى ب : « كتاب الإجازات » .

(٢) فى ا : « قال رحمه الله : الإجارة » .

(٣) فى ا : « أما إجارة المنافع » .

(٤) « الدور » ليست فى ا . وفى ا : « أما إجارة المنافع كإجارة المنازل »

(٥) « والمنازل » من ب - راجع الهامش السابق .

(٦) « للباس » ليست فى ب .

(٧) هكذا فى ا . وفى الأصل : « العين المستأجرة معلومة » . وفى ب : « العين المستأجرة معلومة » .

معلومة ، والمدة معلومة <ب> يوم أو شهر أو سنة ، لأنه عقد معاوضة كالبيع ، وإعلام المبيع والتمن شرط في البيع - فكذلك ههنا ، إلا أن المعقود عليه ههنا هو ^(١) المنافع ، فلا بد من إعلامها بالمدة والعين الذي ^(٢) عقدت الإجارة ^(٣) على منافعه .

. . .

وأما أحكام هذا النوع من الإجارة - فكثيرة :

منها - أنه يجب على الأجر تسليم المستأجر عقيب العقد. وليس له أن يحبس المستأجر لاستيفاء الأجرة كما في باب البيع ، لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد، عندنا، لكون ^(٤) المعقود عليه، وهو المنافع، معدومة ؛ وإذا لم يجب الأجر فليس له حق ^(٥) حبس المستأجر لاخذ ^(٦) الأجر ، وأما في البيع <ف> الثمن واجب .

وإنما يجب الأجر ويملك بأحد معان ثلاثة : إما بأن يشترط تعجيله في نفس العقد ، وإما أن يجعل بغير شرط ، وإما باستيفاء ^(٧) المنافع شيئاً فشيئاً أو بالتمكين ^(٨) من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وتسليم المفتاح إليه أيضاً.

(١) « هو » من ا و ب .

(٢) في ا : « والذي » .

(٣) في ب : « الذي عقد للإجارة » . وفي ا : « والذي عقد الإجارة » .

(٤) في ب : « لكن »

(٥) « حق » من ا و ب .

(٦) في ب : « لأجل » .

(٧) الباء من ب و ا .

(٨) في ا : « بالتمكن » .

وعند الشافعى : تجب الأجرة كلها بنفس العقد - والمسألة معروفة .
ثم إن وقع الشرط فى ^(١) عقد الإجارة أن لا يجب الأجر إلا بعد
انقضاء مدة الإجارة : فذلك جائز ، فيكون ^(٢) تأجيلا للأجرة ، بمنزلة
تأجيل الثمن .

وأما إذا لم يشترط فى العقد شيئا : <ف> قال أبو حنيفة أولا ،
وهو قول زفر : لا تجب الأجرة إلا فى آخر المدة . ثم رجع وقال :
تجب حالا فخلا ، كلما مضى يوم يسلم أجرته ، وهو قول أبى يوسف
ومحمد ، لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع ساعة فساعة ،
والاستيفاء على هذا الوجه متعذر ، فقد رده باليوم ^(٣) .

وذكر الكرخى فى الإجارة على قطع المسافة أنه يسلم أجرة كل مرحلة .
ومنها - أنه يعتبر ابتداء المدة من حين وقع العقد ^(٤) ، فإذا أجر شهرا
أو شهورا أو سنين معلومة : <ف> إن وقعت الإجارة فى أول الشهر يعتبر
بالأهلة ، وإن وقعت فى بعض الشهر يعتبر بالأيام : كل شهر ثلاثون
يوما . وكذلك فى الشهور والسنين .

وذكر فى الأصل : إذا استأجر دارا سنة مستقبلة فى بعض الشهر ،
فإنه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالأهلة ويتم الشهر الأول
بالشهر الثانى - فيكون فى المسألة روايتان .

(١) فى ١ : « على » .

(٢) فى ١ و ٢ : « ويكون » .

(٣) « باليوم » ليست فى ١ . (٤) فى ١ : « من حين وقوع الفعل » .

ولو أضاف الإجارة إلى زمان في المستقبل ، بأن قال في رمضان « أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة المحرم » : يجوز .

وقال الشافعى : لا تجوز الإجارة ما لم يكن أول المدة عقيب العقد . ولهذا قلنا : إن المؤجر لو باع هذه الدار لا يصح في حق المستأجر ، وإن لم يحجى الوقت الذى أضيف^(١) إليه الإجارة ، لكن لا يجب عليه تسليم الدار ما لم يأت ذلك الوقت .

ومنها - أنه^(٢) إذا استأجر داراً أو حانوتاً أو غير ذلك من العقار غير^(٣) المزارع ، فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى . وله أن يسكن فيها من أحب ، بالإجارة والإعارة . وله أن يعمل فيها أى^(٤) عمل شاء ، غير أنه لا يجعل فيها حدادا ولا قصارا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه^(٥) ،

ولا تفسد الإجارة وإن لم يسم ما يعمل فيها ، لأن منافع السكنى غير متفاوتة إذ لم يكن فيها ما يوهن البناء ، وذلك مستثنى ، فصارت المنافع معلومة - بخلاف ما إذا استأجر أرضاً للزراعة حيث لم يحجز العقد حتى يبين^(٦) ما يزرع فيها ، أو يجعل^(٧) له أن يزرع فيها^(٨) ما شاء ، لأن منافع الزراعة مختلفة .

(١) فى ا : « أضيف » .

(٢) « أنه » من ب .

(٣) « العقار غير » ليست فى ا .

(٤) هكذا فى ب . وفى الاصل : « من أى » . وفى ا : « وفى الإجارة والإعارة له أن يعمل فيها أى » .

(٥) فى ا : « ولا ما يوهنه » .

(٦) فى ا : « يسمى » .

(٧) فى ب : « يجوز » .

(٨) « فيها » من ب .

ولو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها ، أو عبدا ولم يبين العمل : لا يجوز ، لأن ذلك مما يتفاوت ^(١) . وإن اختصما يفسخ العقد . وإن مضت المدة ، أو حمل عليها ، أو استعمل العبد - فالقياس أن يجب أجر المثل ، لأنه استوفى المنفعة ، بعقد فاسد ، وفي الاستحسان : يجب المسمى ، لأنه يتعين المعقود عليه ويصير معلوما بالعمل والحمل ، فيعود العقد جائزا .

ومنها - أنه يجب على المؤاجر ^(٢) تسليم المستأجر سليما عن العيب الذي يضر ^(٣) بالانتفاع ، خاليا عن الموانع التي تمنع من الانتفاع في جميع المدة ، حتى يجب عليه جميع الأجر ^(٤) .

فإن كان به عيب يضر بالانتفاع ، فالمستأجر بالخيار : إن شاء فسخ الإجارة ، وإن شاء مضى عليها :

فإن مضى عليها مع العيب ، يجب عليه جميع المسمى ، لأنه رضى بالمعقود عليه مع العيب .

وإن زال ذلك العيب أو سقط حائط فبناه المؤاجر ، فلا خيار للمستأجر ، لأن العيب زال .

فإن كان المؤاجر غائبا فليس له أن يفسخه ، لأن الفسخ لا يجوز إلا بحضور العاقلين أو من قام ^(٥) مقامهما .

(١) زاد هنا في ب : « فيه » .

(٢) في أ : « المؤاجر » .

(٣) في ب كذا : « يصير » .

(٤) « حتى يجب عليه جميع الأجر » من أ و ب .

(٥) في أ : « يقوم » .

وإن سقطت الدار كلها أو ^(١)انهدمت ، فله أن يخرج من الدار ، كان المؤاجر حاضراً أو غائبا .

واختلفت إشارة الروايات في أن العقد يفسخ ^(٢) أو يثبت له حق الفسخ؟ والصحيح أنه يفسخ ، لأنه فات جنس الانتفاع المهود ^(٣) ، بالدار ، وإنما يمكنه أن ينتفع بضرب الحيمة ونحوها ، والعقد يفسخ بهلاك المهود عليه .

وأما إذا استأجر دارين صفقة واحدة ، فسقطت إحداها أو منعه مانع من إحداها ، أو كانت ^(٤) الدار المستأجرة واحدة وامتنع رب الدار عن تسليم بيت ^(٥) منها ، فله أن يفسخ العقد ، لأن الصفقة تفرقت في المنافع ، وتفریق الصفقة يثبت الخيار .

أما إذا حدث مانع يمنع من ^(٦) الانتفاع بعد التسليم في المدة ، كما إذا غصبه غاصب ، أو حدث الإيقاق أو المرض المعجز عن الانتفاع ، أو انقطاع الماء في ^(٧) الرحا أو ^(٨) الشرب في الأرض ، فإنه تسقط الأجرة ،

(١) المزمة من أ .

(٢) في ب : « يفسخ » .

(٣) في أ : « المهود » .

(٤) التاء من ب و أ .

(٥) هكذا في أ و ب . والعبارة في الأصل محرفة غير واضحة .

(٦) « من » من أ . وفي الأصل و ب : « عن » .

(٧) في ب و أ : « عن » . وفي ب : « أو انقطع الماء عن » .

(٨) المزمة من ب .

فى المستقبل، مالم يسلم إليه ويلزمه أجر مامضى، لأن الأجر يجب شيئاً فشيئاً بمقابلة استيفاء المنافع.

ثم تطيين الدار وإصلاح ميازيبها وما وهى من بنائها على^(١) رب الدار دون المستأجر، حتى تكون صالحة للانتفاع، ولكن لا يجبر على ذلك، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، لكن يثبت الخيار للمستأجر، لأن هذا فى معنى العيب.

وكذا إصلاح بئر الماء، والبالوعة، والمخرج: على رب الدار، وإن امتلأ من فعل المستأجر، لكن لا يجبر عليه، لما ذكرنا. وإذا انقضت مدة الإجارة، وفى الدار تراب من كنس المستأجر، فعليه أن يرفعه، لأنه حدث بفعله.

والقياس فى امتلاء^(٢) المخرج والبالوعة كذلك، وفى الاستحسان: لا يلزمه، لأن العادة^(٣) جرت أن كل ما كان مغيباً فى الأرض^(٤) فنقله على صاحب الدار^(٥).

وإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك، يكون متبرعاً إلا إذا فعل ذلك بأمر رب الدار أو بأمر من هو نائب عنه.

(١) فى ١: «ميازيبها وماؤها على».

(٢) فى ١: «فى إصلاح».

(٣) فى ب: «العرف».

(٤) فى ١: «فى الدار والأرض».

(٥) «على صاحب الدار» ليست فى ب.

وعلى المستأجر فى إجارة الدار والحانوت تسليم المفتاح^(١) إلى المؤجر بعد انتهاء المدة .

فأما فى الدابة التى^(٢) استأجرها للركوب فى حوائجه فى المصر وقتاً معلوماً فليس^(٣) عليه أن يسلمها إلى صاحبها ، بأن يذهب بها إلى منزله ، وعلى المؤجر أن يقبضها من^(٤) منزل المستأجر ، لأنه حصل له المنفعة بالتسليم إلى المستأجر ، وهو الأجر ، فلم يكن عليه الرد كما فى الوديعة ، حتى لو أمسكها أياماً ولم ينتفع بها فهالكت فى يده لم يضمها ، وفى العارية والغصب^(٥) يجب الرد على المستعير والغاصب .

ولو استأجر من موضع مسمى فى المصر إلى مكان معلوم ذاهباً و^(٦) جائياً ، فإن على المستأجر أن يأتى بها إلى ذلك الموضع الذى قبضها منه^(٧) ، لأنه انتهاء الإجارة إلى هذا الموضع ، فعليه أن يأتى بها إليه ، لأن الرد واجب على المستأجر ، فإن حملها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت : يضمن ، لأنه تعدى فى حملها^(٨) إلى غير موضع العقد - حتى لو قال المستأجر : « أركبها من هذا الموضع^(٩) إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلى » : فليس

(١) « المفتاح » من ب و ا . وفى الاصل : « المستأجر » .

(٢) فى ا : « إذا » .

(٣) الغاء من ا .

(٤) فى ب : « فى » .

(٥) « والغصب » من ب و ا .

(٦) فى ا : « أو » .

(٧) فى ب : « فيه » .

(٨) « فى حملها » ليست فى ا .

(٩) فى ب : « من موضع كذا » .

على المستأجر أن يردها إلى منزل المؤجر ، لأن الإجارة انتهت^(١) ، فبقيت أمانة في يده ، فلا يجب عليه الرد كما في الوديعة .

وأما الإجارة على الأعمال

< ف > كاستئجار القصار والإسكاف والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال^(٢) ، من حمل^(٣) الأشياء من موضع إلى موضع ونحوها .

وهو نوعان : استئجار الأجير المشترك ، والأجير الخاص الذي يسمى أجير الوحد . فالأجير المشترك ، كاسمه ، الذي يتقبل الأعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما^(٤) . وأجير الوحد ، كاسمه ، الذي يعمل للواحد مدة معلومة . وللاول أن يعمل لهم جميعا ، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن العمل لغيره . وفي أجير الوحد ليس له ذلك ، وللمستأجر أن يمنعه .

ثم أحكامها^(٥) تختلف في بعض الأشياء وتتفق في البعض :
فأجير الوحد لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها^(٦) ، كما

(١) في ا و ب : « انقضت » .

(٢) « كاستئجار ... في سائر الأعمال » ليست في ب .

(٣) في ا : « في حمله » .

(٤) في ب : « يتقبل الأعمال كاستئجار الإسكاف والقصار ونحوهما » .

(٥) كذا في ا . وفي الاصل و ب : « أحكامها » .

(٦) هكذا في ب إلا أن فيها : « للعمل فيه » . وفي الاصل : « للعين الذي يسلم إليه

العمل فيه » . وكذا في ا مع نقصان « الذي » .

إذا استأجر يوماً أو شهراً قصاراً أو خياطاً ليعمل له لا غير، حتى لو هلك في يده لا بصنعه لا يضمن بالاجتماع . وكذلك لو تحرق بصنعه الذي هو من العمل المأذون فيه .

فأما الأجير المشترك فلا يكون ضامناً و^(١) تكون العين التي في يده أمانة عند أبي حنيفة وزفر . وفي قول أبي يوسف ومحمد^(٢) : يكون مضموناً : لو هلك بغير صنعه يضمن إلا إذا هلك بحرق غالب أو بفرق غالب ونحو ذلك . ولو تحرق بصنع معتاد بأن دق دق مثله ، أو ألقاه في النورة فاحترق ، أو الملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، والحمال إذا سقط و^(٣) فسد الحمل ، أو الراعي المشترك إذا ساق الدواب فضرب بعضها^(٤) بعضها في حال سياقه حتى هلك : يكون مضموناً عندنا ؛ وقال زفر والشافعي : لا يضمن - والمسألة معروفة .

ولو استأجر البزاع والفصاد والختان فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات : فلا^(٥) ضمان عليهم ، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك . ولو تحرق بدق أجير القصار ، لا ضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على الأستاذ ، لأنه عمله ينتقل إليه كأنه فعل بنفسه^(٦) .

(١) « فلا يكون ضامناً » من ب و ا .

(٢) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « قولهما » .

(٣) « و » من ب و ا .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل و ا : « بعضهم » .

(٥) الفاء من ا .

(٦) في ا : « كأنه عمل نفسه » .

ولو وطئ على ثوب من ثياب القصاراة فخرقه ، يضمن ، لأن هذا ليس من توابع العمل .

ولو وقع من ^(١) يده سراج فأحرق ثوبا ^(٢) من ثياب القصاراة ، فالضمان على الأستاذ ، لاعليه ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه .

وكذلك لو وقع الكُذْنِيق ^(٣) من يده فخرق ثوبا من ثياب القصاراة ، فالضمان على الأستاذ ، لأن هذا من عمل القصاراة .

ولو وقع على ثوب وديعة عند الأستاذ فخرقه ، ضمنه الأجير .
وكذا في السراج إذا حرقه ^(٤) .

. . .

ولو هلك العين المعمول فيه هل يسقط الأجر ؟ فهذا لا يخلو : إما إن كان العين المعمول فيه ^(٥) في يد الأجير أو في يد المستأجر ^(٦) .
فإن كان في يد الأجير فهو على وجهين :

(١) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « في » .

(٢) في ب و ا : « فأحرق ثوب » .

(٣) في الأصل : « الكذنين » . وفي ب و ا : « الكوزين » . قال الجواليقي في المغرب (تحقيق أحمد شاكر) : « الكُذْنِيق الذي يدق به القصار . ليس برمي . وهو الذي تدعوه العامة : كُوزينا » وفي الهامش : « ويقولون لمدق القصار : الكوزين . الكلام : الكذنيق » . وفي المغرب : « الكُذْنِيق بضم الكاف وكسر الذال مدق القصار » .

(٤) في ب و ا : « أخرقه » . والكلمتان صحيحتان (راجع القاموس) .

(٥) فيه « من ب و ا » .

(٦) في ا : « الأستاذ » .

إما إن كان لعمله أثر في العين ، كالتقصير والصباغة^(١) ، فإنما يجب الأجر بتسليم ذلك الأثر ، فإذا هلك قبل التسليم في يده: سقط الأجر ، لأنه لم يسلم المعقود عليه^(٢) .

وإن لم يكن لعمله أثر في العين ، كالحمال والملاح ، فكما فرغ من العمل : يجب الأجر ، وإن لم يسلم العين إلى صاحبه ، لأن المعقود عليه المنفعة ونفس العمل ، فإذا انتهت المدة فقد فرغ من العمل وصار مسلماً في العين التي هي ملك صاحبها^(٣) فلا يسقط الأجر بالهلاك بعده ، ولهذا قالوا : إن كل عمل له أثر في العين الذي هو ملك صاحبه^(٤) : كإزالته حق حبس العين ، حتى يستوفى الأجر ، لأن البدل مستحق بمقابلة ذلك الأثر . ومالا أثر له : لا يثبت فيه حق الحبس ، لأن العمل المعقود عليه ليس في العين - ولهذا قالوا إن الحمال إذا حبس المتاع الذي^(٥) في يده ، ليستوفى الأجر ، فهلك^(٦) : يضمن ، لأن العين أمانة في يده^(٧) ، فإذا حبس صار غاصباً ، فيضمن .

(١) في ب : « كالتقصير والصباغة » .

(٢) في أ : « لأنه يسلم المعقود » .

(٣) « في العين ... صاحبه » من ب و أ . وقد وردت هذه العبارة في الأصل بعد ذلك بقليل ولم ترد في ب و أ بعد ذلك . انظر الهامش التالي .

(٤) « الذي هو ملك صاحبه » لم ترد هنا في ب و أ . راجع الهامش المتقدم .

(٥) « الذي » من ب و أ .

(٦) في ب : « فهلك في يده » - انظر الهامش التالي .

(٧) « في يده » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

وأما إذا كان العين المعمول فيه^(١) في يد المستأجر ، بأن عمل الأجير في ملك المستأجر أو فيما في يده من فناء ملكه ونحو ذلك^(٢) : فإذا فرغ من العمل : يستحق كل الأجر ؛ وإن لم يفرغ وعمل بعضه : يستحق الأجر بقدره ويصير ذلك مسلماً إلى صاحبه ، حتى إنه إذا استأجر إنساناً لبنى له بناء في داره أو فيما في يده ، أو يعمل له ساباتاً^(٣) أو جناحاً ، أو يحفر له بئراً أو قناة أو نهراً في ملكه أو فيما في يده ، فانهدم البناء أو انهارت البئر أو سقط السابات^(٤) : لم يسقط شيء من الأجر إن كان بعد الفراغ ، وإن كان قبل الفراغ : يجب بقدر حصة العمل .

وأما إذا كان الحفر أو البناء في غير ملكه^(٥) ويده ، فلم يصير مسلماً إليه بالعمل ، فما لم توجد التخلية من الأجير ، بين المستأجر وبينه ، لا يصير قابضاً للمعقود عليه ، فإذا فسد قبل ذلك أو هلك : سقط الأجر .

وعلى هذا - إذا استأجره^(٦) ليضرب له لبناً في ملكه ، قرب^(٧) اللبّن لا يصير قابضاً حتى يجف اللبّن وينصبه في قول أبي حنيفة ، وعندها حتى

(١) « فيه » ليست في أ .

(٢) « فناء ملكه ونحو ذلك » من ب و أ . وفي الأصل : « بناء ملك فإذا فرغ » .

(٣) و(٤) قال في اللسان : « السابات سقيفة بين حائطين » . وفي المحكم : بين دارين .

وزاد غيره : من تحتها طريق نافذ . والجمع سوابيط وساباتات .

(٥) في ب : « في ملك غيره » .

(٦) الهاء من ب .

(٧) « قرب » من ب و أ . وفي الأصل : « فضرِب » .

يُشرجه^(١) . وإن كان ذلك في غير ملكه أو في غير يده : لم يكن له الأجر حتى يسلمه إليه منصوبا عنده ، وعندهما مشرجا ، لأنه لم يكن في يده حتى يصير العمل مسلما إليه . فلا بد من التخلية^(٢) بعد الفراغ من العمل . وعلى هذا - الحياط يخطط له في منزله قيصا ، فإن خاط بمضه : لم يكن له أجر ، لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ثم هلك : فله الأجر ، لأنه صار مسلما للعمل عنده^(٣) .

(١) شَرَّجَ اللَّيْبَنَ أَنْصَدَ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ وَكُلِّ مَا ضَمَّ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ فَقَدْ شَرَّجَ وَشُرِّجَ (اللسان) .

(٢) « من التخلية » من ب و ا .

(٣) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب

الإجارة الفاسدة

وما يكون به مخالفًا

المستأجر^(١) إذا كان مجهولاً ، أو الأجير مجهولاً ، أو العمل ، أو لمدة - فلا إجارة فاسدة ، لأنها جهالة تنفضي إلى المنازعة . كما في البيع . وإجارة المشاع ، فيما يقسم أو لا يقسم ، فاسدة عند أبي حنيفة وزفر . وعلى قولهما : جائزة - وهو قول الشافعي . وأجمعوا أنها من الشريك جائزة .

وأجمعوا أنه لو أجير من رجلين : جاز . ولو مات أحدهما حتى^(٢) بطلت الإجارة في حصته وصارت ملكاً للوارث^(٣) فيصير^(٤) شيوعا طارئا ، فإنه لا تبطل الإجارة ، فالشروع المقارن^(٥) مفسد والطارى غير مفسد - هذا هو المشهور من الرواية - والمسألة تعرف في الخلافات^(٦) . والإجارة على القرب والطاعات ، كالجح والإمامة والأذان ،

(١) في ١ : « قال رحمه الله : المستأجر » .

(٢) « حتى » ليست في ١ .

(٣) في ب و ١ : « للآخر » . انظر فيما بعد ص ٥٣٥ .

(٤) « فيصير » ليست في ١ .

(٥) في ب : « المتقارب » .

(٦) في ب : « في المختلف » .

ونحوها ، فاسدة ، عندنا^(١) ، خلافاً للشافعي^(٢) .

والإجارة على المعاصي ، كما إذا استأجر مغنياً أو نائحة ، فاسدة^(٣) .
.

ولا يجوز إجارة النهر والبئر والقناة مع الماء ، ولا إجارة المراعى والآجام ، لأن هذه إجارة على استهلاك العين ، والإجارة لاستيفاء المنافع مع بقاء العين .

ولو استأجر نهراً يابساً أو موضعاً من الأرض معلوماً ، ليسيل^(٤) فيه ماء المطر أو ماء الزراعة ، لا يجوز ، لتفاوت في^(٥) قلة الماء وكثرته ، وذلك مما يضر بالنهر^(٦) ؛ وروى^(٧) عن محمد أنه يجوز .

ولو استأجر طريقاً في دار غيره^(٨) ليمر^(٩) فيها وقتاً معلوماً : لم يجز في قياس قول أبي حنيفة ، ويجوز في قياس قولهما - بناءً على أن^(١٠) إجارة المشاع فاسدة عنده ، خلافاً لهما^(١١) .

(١) « عندنا » ليست في أ .

(٢) هكذا في ب وأ . وفي الأصل : « له » .

(٣) في الأصل وأ ب : « فهي فاسدة » .

(٤) في أ : « مقلوعاً يسيل » .

(٥) هكذا في ب وأ . وفي الأصل : « من » .

(٦) في أ : « وذلك لم يضر ماء النهر » .

(٧) « روى » من أ ب . وفي الأصل : « وعن » .

(٨) « غيره » من أ .

(٩) « ليمر » ليست في أ .

(١٠) « أن » من أ .

(١١) « فاسدة عنده خلافاً لهما » من أ . راجع ص ٥٢٨ .

وإذا استأجر رجلاً للبيع والشراء : لا يجوز ، لأنه لا يقدر على ذلك إلا بفعل غيره . وأما إذا استأجره شهراً ليبيع له ويشتري ^(١) : جاز ، لأن الإجارة وقعت على منفعة المدة ، وهى معلومة .

ولو استأجر أرضاً ، فيها رطوبة ، سنة : لا يجوز ، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر ، وهو قلع الرطوبة . فإن قلع رب الأرض الرطوبة وسلم أرضاً بيضاء : جاز ، ويجبر على القبول ، كما إذا اشترى جذوعاً فى سقف .

ولو استأجر عبداً للخدمة أو دابةً لحمل وشرط المستأجر ^(٢) نفقتها ، فهى فاسدة ، لأن قدر النفقة ^(٣) مجهول ^(٤) .

ثم فى الإجارة الفاسدة : إذا استوفى المنفعة ، يجب أجر المثل ، مقدراً بالمسمى عندنا ، وعند زفر : يجب أجر ^(٥) المثل تاماً على مامر .

وأما بيان ما بصير به مخالف ، وما لا بصير به مخالفاً < فنقول > :
إذا استأجر دابةً ليحمل عليها شيئاً ، فحمل عليها غيره .. ينظر :
إن كان ضرر الدابة من حيث الخفة والثقيل : فإن كان ذلك الشيء
مثل المأمور به أو أخف : فلا ^(٦) شئ عليه ، لأن التعمين لافائدة فيه .

(١) فى ١ : « استأجره ليبيع ويشتري » .

(٢) فى ب : « المستأجر » .

(٣) فى ١ : « النفقة » .

(٤) هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « مجهولة » وانظر فيما بعد الحكم فى إجارة الظئر .

٥٣٥ - ٥٣٦ .

(٥) « أجر » ليست فى أ فقيها : « يجب المثل » .

(٦) الفاء من أ .

وإن كان أثقل : فإن كان بخلاف^(١) جنسه ، بأن حمل مكان الشعير الحنطة ، فعطبت الدابة ، فهو مخالف ، وضامن ، ولا^(٢) أجر عليه ، لأنها هالكت بفعل غير مأذون فيه ، فوجب الضمان ، دون الأجر ، لأنها لا يجتمعان .
وإن كان من جنسه ، فحمل المسمى وزاد عليه ، بأن حمل أحد عشر قفيزا مكان العشرة - فإن سلمت الدابة : فله مسمى من الأجر ، وإن عطبت : فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءا من أجزاء الدابة ، وعليه الأجر الذي سمي ، لأنها ماتت بفعل^(٣) مأذون وغير مأذون^(٤) . فيقسم على قدر ذلك .

فأما إذا كان ضرر الدابة لا من حيث الحنطة والثقل ، بأن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من^(٥) من^(٦) قطن ، فحمل عليها^(٧) مثل وزنه حديدا أو أقل ، ضمن ، لأن ثقل القطن يكون على جميع العضو لأنه ينسبط على الموضع الذي حمل عليه^(٨) ، فأما ثقل الحديد <ف> يكون في موضع واحد ، فيكون أثره أقوى في الضرر .

وعلى هذا : إذا استأجرها ليركبها ، فأركب من هو مثله في الثقل أو

(١) في ا و ب : « خلاف » .

(٢) في ب : « فلا » .

(٣) في ا و ب : « بتقل » .

(٤) في ب : « مأذون فيه وغير مأذون فيه » .

(٥) المن كليل أو ميزان . وهو رطلان (اللسان)

(٦) « من » من ا .

(٧) « عليها » من ا .

(٨) « عليه » من ب .

أخف ، ضمن ، لأن ذلك يختلف بالحذق والحرق^(١) . ولو ركبها ، وأركب مع نفسه غيره ، فعمطت : فإن كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان : يضمن نصف قيمتها ، لأن التلف حصل بركوبيهما ، فصار كما لو تلفت^(٢) بجراحتهما^(٣) وأحدهما غير مأذون . وإن كان لا يمكن : فعليه جميع قيمتها ، لأن هذا إتلاف منه .

وعلى هذا : إذا استأجر دابة يا كاف^(٤) فأسرجها : لا ضمان عليه^(٥) ، لأن الضرر أقل ، لأنه يأخذ من الظهر أقل^(٦) .

وإن استأجر حمارا بسرج فأسرجه^(٧) سرجا آخر^(٨) : <فإن كان مثل الأول ، بأن يسرج به الحمار ، لا يضمن ؛ وإن أسرجه بسرج الفرس : يضمن . فإن أدكفه : ذكر في الأصل أنه يضمن بقدر ما زاد إلا كاف على السرج ؛ وفي الجامع الصغير : على قول أبي حنيفة : يضمن السكل . وعندهما : بقدر ذلك^(٩) .

(١) « والحرق » ليست في ح .

(٢) هكذا في ا . وفي الأصل وب : « تلف » .

(٣) « بجراحتها » من ب . وهي ليست في ا . وفي الأصل : « بجراحتها » وفي

السكاساني (١٩ : ٢١٤ : ٤) : « بمنزلة تلفها بجراحتها » .

(٤) إكاف الحمار برذعته (القاموس) .

(٥) « عليه » من ب و ح .

(٦) « لأنه يأخذ من الظهر أقل » من ب و ا .

(٧) الهاء من ا .

(٨) في ب : « وإن استأجرها بسرج فأسرجها سرجا آخر » . وفي ا : « ولو استأجر

بسرج فأسرجه آخر » .

(٩) انظر : محمد ، الجامع الصغير . من ١٠٤ .

وإن استأجر حمارا عريانا فأسرجه^(١) : <ف> إن استأجر ليركب^(٢) خارج
المصر : لا يضمن . وإن استأجر ليركبه في المصر : <ف> إن كان رجلا من
الأشراف أو^(٣) الأوساط : لا يضمن ، لأن مثله لا يركب من غير سرج ،
فيكون إذنا دلالة ، وإن كان من الأسافل : يضمن ، لأن مثله يركب بغير
سرج ، بالجلل^(٤) ونحوه^(٥) ، و^(٦) السرج أثقل ، فيضمن .

ثم الإجارة تفسخ^(٧) بالمؤخر المخصوصة عندنا ، وإن وقعت
الإجارة صحيحة لازمة ، بأن لم يكن ثمة عيب ولا مانع من الانتفاع .
وقال الشافعي : لا تفسخ^(٨) - والمسألة معروفة .

ثم العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع
بدون الفسخ - بيان ذلك :

إذا أراد المستأجر أن ينتقل عن^(٩) البلد أو يسافر ، فله أن ينقض
الإجارة ، في العقار وغيره .

وكذا مستأجر الخانوت : إذا ترك ذلك العمل أو التجارة و^(١٠) انتقل

إلى غيره .

(١) الماء من أوب .

(٢) في ب : « ليركبه » .

(٣) الهمة من ب و ا .

(٤) جُل الدابة وجُلها الذي تُنْبَسُه لتعان به (اللسان) .

(٥) في ا : « وغيره » .

(٦) في ب : « ولأن السرج » .

(٧) في ا : « تفسخ » . انظر الهامش التالي .

(٨) في ا : « لا تفسخ » . راجع الهامش السابق .

(٩) في ا : « من » . (١٠) في ب : « أو » .

وكذا إذا أفلس .

وليس للمؤاجر < عند > السفر والنقلة عن البلد عذر^(١)، لانه لا^(٢) ضرر عليه فى تبقيّة العقد .

ومرض الحمل والجمال بحيث يضره الحمل عذر فى رواية أبى يوسف، لأن غيره لا يقوم مقامه إلا بضرر^(٣). وذكر محمد فى الاصل وقال : مرض الجمال لا يكون عذرا ، لأن خروجه مع الابل ليس بمستحق . وكذا الدين الذى لا طريق للمؤاجر^(٤) فى قضائه إلا ببيع المستأجر - يكون عذرا .

وكذا المستأجر إذا كان لا يحصل له النفع مما استأجر ، إلا بضرر يدخله فى ملكه أو بدنه ، فبدا له ذلك^(٥) فله فسخه - كمن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو يقطعها أو^(٦) يخطها ، أو ينقض دارا له ، أو يقطع شجرا ، أو يحدث فى ملكه شيئا من بناء أو حفر ، أو^(٧) ليحتجم أو يفتصد ، أو يقلع ضرسا له ، أو ليزرع أرضا له يذرعه ، ونحو ذلك^(٨) - لانه إذا بدا

(١) « عذر » ليست فى ب . وفى الاصل : « عذرا » . وفى ا : « عن البلد من غير عذر » .

(٢) « لا » ليست فى ا .

(٣) « لأن غيره ... بضرر » من ب و ا .

(٤) فى ا : « وكذا الذى ليس للمؤاجر » .

(٥) فى ب : « غير ذلك » . وفى اكذا : « عن ذلك » .

(٦) فى ب : « و » .

(٧) زاد هنا فى ا : « فصادا » فمها : « أو فصادا » .

(٨) « ونحو ذلك » من ا و ب .

له من ذلك ظهر أن له فيه ضرراً^(١) .

ثم انجارية بطل بموت المستأجر أو المؤجر^(٢) عندنا، خلافاً لشافعي -
ونعني به موت من وقع له عقد الإجارة، دون العاقد^(٣)، حتى إذا كان
وكيلاً : لا تبطل .

فأما هلاك المستأجر : <ف> إن كان شيئاً بعينه يبطل . وإن كان
بغير عينه، بأن وقعت الإجارة^(٤) على دواب بغير عينها^(٥) للحمل أو الركب،
وسلم إليه الدواب، فهلكت : فعلى المؤجر أن يأتي بغيرها ليحمل المتاع ،
وليس له أن يفسخ ، لأنه لم يعجز عن وفاء ما التزمه بالعقد ، وهو حمل
متاعه إلى موضع كذا .

ثم إجارة الظئر مثل إجارة عبد الخدمة^(٦) : لا بد من بيان الوقت،
وبيان الأجر^(٧)، ونحو ذلك ، إلا أن في الظئر إذا استأجرها بكسوتها
ونفقتها : جاز، من غير بيان عند أبي حنيفة استحساناً^(٨)، وعند أبي يوسف ومحمد

(١) في أ : « إذا بدا له وظهر أن فيه ضرراً كان له فسخه » .

(٢) في ب : « المؤجر » .

(٣) في أ : « دون العاقد نفسه » . وفي ب : « دون العاقد لنفسه » .

(٤) « الإجارة » من ب و أ .

(٥) في ب : « على دواب بعينها » .

(٦) زاد هنا في ب : « لأنه » - انظر فيها بعد الهامش ٨ .

(٧) في أ كذا : « لا بد من بيان وقت الأجر » .

(٨) راجع فيما تقدم (ص ٥٣٠) حالة ما إذا استأجر عبداً أو دابة وشرط المستأجر نفقتها .

والشافعي : لا يجوز ، لأن هذه جهالة تفضي ^(١) إلى المنازعة غالبا .

وإنها ^(٢) بمنزلة أجير الواحد : لا يجوز لها أن ترضع غيره .

وعليها الرضاع ، والقيام بأمر الصبي فيما يحتاج إليه ، من غسله وغسل ثيابه وطبخ طعامه ، وتهئية ذلك ، و ^(٣) الطعام على الأب .

وذكر : وما يعالج ^(٤) به الصبيان من الريحان والدهن فعلى الظئر ، وهذا من عادة بلدهم ، فأما في بلادنا - بخلافه - فعلى الأب .

ثم الإجارة ^(٥) تتوقف على إجازة المالك . ثم ينظر :

إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة - جاز ، وتكون الأجرة للمالك .
وإن أجازته ^(٦) بعد استيفاء المنفعة ، لم يجوز ^(٧) بإجازته ، وكانت الأجرة للعاقدة ، لأن المنفعة الماضية تلاشت ، فلا يبقى العقد بعد فوات ^(٨) محله ، فلا يلحقه الإجارة ، ويصير العاقدة غاصبا بالتسليم ، فصار كالغاصب إذا آجر . وقالوا في الغاصب إذا آجر وسلم ثم قال المالك أجزت ^(٩) ما آجرت : إذا انقضت المدة فلا أجر للغاصب ، وإن أجاز في نصف المدة فلا أجر

(١) في ب : « لا تفضي » .

(٢) في ا : « ولأنها » .

(٣) « و » من ا و ب .

(٤) في ا : « وذكروا أن ما يعالج » . وفي ب : « ذكر : ما يعالج » .

(٥) أي من غير المالك وثأبه . وبعبارة أخرى ممن ليس له حق التأجير - كالغاصب .

(٦) الهاء من ا

(٧) في ا : « لم يعتد » .

(٨) في ا و ب : « لفوات » .

(٩) « أجزت » من ب و ا .

كله للمالك في قول أبي يوسف^(١) ، وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر الباقي للمالك .

وكذا قال محمد فيمن غصب أرضا ، فأجرها للزراعة ، فأجاز رب الأرض ، قال : إن أعطاهم مزارعة وأجازها صاحب الأرض : جازت . وإن كان الزرع قد سبّل ، ما لم ييبس^(٢) ، فلا شيء للغاصب^(٣) من الزرع - لأن المزارعة كالشيء^(٤) الواحد : لا يفصل بعض عملها عن بعض^(٥) ، فإذا أجازها قبل الفراغ ، فجعل كالأبتداء . وأما إذا ييبس^(٦) الزرع فقد انقضى عمل المزارعة^(٧) ، فلا تاحقه إلا جازة ، فيكون للغاصب^(٨) .

(١) في ١ : « في قول أبي حنيفة وأبي يوسف » وفي الكاساني (١٧٧ : ٤) مثل ما في المتن .

(٢) في ب و ا : « ما لم يسمن » . انظر فيما بعد الهامش ٦ .

(٣) في ت : « على الغاصب » .

(٤) في - : « لاشيء للغاصب من الزراعة كالشيء » .

(٥) في ١ : « لا يفصل بعض عمله فإذا أجازها » .

(٦) في ب و ا : « سمن » . راجع فيما تقدم الهامش ٢ .

(٧) « المزارعة » ليست في ١ .

(٨) في ت : « كالغاصب » .

محمّد تفسير الاستصناع

هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع .

والقياس أن لا يجوز .

وفي الاستحسان: جائز ، لتعامل الناس ، <ف> لا جرم اختصاص جوازه بما فيه تعامل ، كما في الحنف والقلنسوة والأثواني ونحوها ، بعد بيان القدر ، والصفة ، والنوع .

وهو عقد^(١) غير^(٢) لازم ، ولكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبل العمل ، وبعد الفراغ من العمل : لهما الخيار - حتى إن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنع جاز ، لأنه ليس بعقد لازم^(٣) ؛ فأما إذا جاء به^(٤) إلى المستصنع فقد سقط خياره لأنه رضى بكونه للمستصنع ، حيث جاء به^(٥) إليه .

فإذا رآه المستصنع فله الخيار : إن شاء أجاز ، وإن شاء فسخ عند أبي حنيفة ومحمد^(٦) .

(١) « عقد » من ب و ا .

(٢) « غير » ساقطة من ب . راجع الكاساني (٥ : ٣ : ٧ من أسفل) . وفي ا كذا : « عين لازم » .

(٣) في ا كذا : « لأنه عقد لازم » .

(٤) « به » من ب و ا .

(٥) « لى المستصنع فقد ... جاء به » ساقطة من ا .

(٦) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « عندهما » .

وقال أبو يوسف : لا خيار له ، لأنه مبيع في الذمة بمنزلة السلم .
وهما يقولان : إنه بمنزلة العين^(١) المبيع الغائب^(٢) .

فإذا ضرب الأجل في الاستصناع ينقلب سلماً عند أبي حنيفة ، خلافاً
لها ، لأنه إذا ذكر^(٣) فيه الأجل يكون فيه جميع معاني السلم ، والعبرة
للمعنى لا للفظ - ولهذا لو استصنع مالا يجوز استصناعه حتى يكون
استصناعاً فاسداً ، وشرط^(٤) فيه الأجل : ينقلب سلماً ، بلا خلاف - كذا
هذا . والله أعلم .

(١) « العين » ليست في أ .

(٢) في ب : « للغائب » .

(٣) في أ : « ضرب » .

(٤) في أ و ب : « فإذا شرط » .

١ — فهرست الموضوعات

٢ — فهرست الأعلام المترجم لهم

وقد اكتفينا في هذا الجزء بذلك كما فعلنا في الجزء الأول وإن شاء الله سننشر في نهاية الجزء الثالث فهارس مختلفة للأجزاء الثلاثة جميعا .

فهرست الموضوعات

الأرقام تشير إلى الصفحات

كتاب البيوع

(١٧٣ - ٣)

شرعيته (٢)

باب السلم : أنواع البيع من حيث البدلين (٤) . تقسيم الكلام في السلم (٤ - ٥) .
مشروعية السلم (٥) . تفسيره (٥ - ٦) . ركنه (٦) . شرائطه (٦ - ١٩) .
حكمه (١٩ - ٣٠) .

باب الربا : نوعاه وعلته كل (٣١ - ٣٢) . الخلاف مع الشافعي وفائدة الخلاف في كل
من النوعين (٣٢ - ٣٦) .

باب الشراء والبيع : ركن البيع والشراء (٣٧ - ٤٤) . شروطه (٤٤ - ٤٥) .
أقسامه : نافذ وموقوف (٤٥ - ٥٠) . حكمه (٥٠ - ٥١) . بيان الثمن والمبيع
وحكم كل (٥١ - ٥٤) . هلاك المبيع وانتمن (٥٤ - ٥٥) . التصرف في المبيع
(٥٥ - ٥٦) . تسليم المبيع وحبه لاستيفاء الثمن (٥٦ - ٦١) .

باب البيع الفاسد : الفصل الأول : أنواع البيوع الفاسدة : للجهالة (٦٢ - ٦٥) .
لكون المبيع أو الثمن محرما (٦٥) . اتعلق حق الغير بالمبيع (٦٥ - ٦٦) . ادم القدرة
على التسليم وقت العقد (٦٦) . للفرر (٦٦ - ٦٧) . ادم قبض البائع المبيع بعد (٦٧) .
لشرطين في بيع واحد (٦٧) . لبيع الاتباع والافصاف مقصودا (٦٧ - ٦٨) .
للانعدام بعد انعقاد سبب الوجود (٦٨) . لاشتراط الاجل (٦٨ - ٦٩) . للشرط :
ما يجوز من الشرط وما لا يجوز (٦٩ - ٧٨) . بيع الثمار على الاشجار والزرور الموجودة
(٧٨ - ٨١) . للبيع للبائع بثمن أقل قبل نقد الثمن (٨١ - ٨٢) . طرؤه الشروط المفسدة
على العقد الصحيح (٨٢ - ٨٣) .

الفصل الثاني : حكم البيع الفاسد : الفساد من قبل المبيع (٨٣) . الفساد يرجع لثمن
(٨٣ - ٨٦) . حكم تصرف المشتري في المبيع (٨٦ - ٨٩) . حكم الزيادة في المبيع
(٨٩ - ٩٠) . إذا وطئ المشتري المبيعة فيما فاسدا (٩٠) . لو أحدث المشتري في
المبيع صنفا (٩١) .

باب خيار الشرط : الخيار المفسد وغير المفسد ومقدار مدة الخيار (٩٢ - ٩٣) .
ما يسقط الخيار صريحا أو بطريق الدلالة أو بطريق الضرورة (٩٣ - ١٠٩) . عمل خيار الشرط وحكمه (١٠٩ - ١١٤) . كيفية الفسخ والإجازة (١١٤ - ١١٦) .

باب خيار الرؤية : مشروعيتها ولمن يثبت (١١٧ - ١١٨) . وقت ثبوته (١١٨) . هل يثبت مطلقا أو موقفا (١١٨ - ١١٩) . حكمه (١١٩ - ١٢٩) . ما يسقط به الخيار (١٢٩ - ١٣٤) .

باب خيار العيب : مشروعيتها (١٣٥) . العيوب التي ترجح جملته وتفصيلا (١٣٥ - ١٣٩) . كيفية الرد (١٣٩ - ١٤٦) . ما يمنع الرجوع بقصان العيب وما لا يمنع (١٤٦ - ١٥٠) . شرط البراءة عن العيوب (١٥٠ - ١٥٣) .

باب الإقالة والمراجعة وغير ذلك :

أقسام البيع من حيث البذل (١٥٤ - ١٥٥) . المراجعة (١٥٥ - ١٦١) . التولية (١٦١ - ١٦٢) . ما يزداد على الثمن من نفقة ومثونة (١٦٢ - ١٦٣) .
الإقالة : مشروعيتها (١٦٣) . تكييفها (١٦٣ - ١٦٥) .
الاستبراء : مشروعيتها (١٦٥) . أنواعه : مندوب لآليه وواجب (١٦٥ - ١٦٦) . مدته ومتى تبدأ (١٦٧ - ١٧٠) .
التفريق بين الصغير وبين ذوي الأرحام المجتمعمة في الملك : (١٧٠ - ١٧٣) .

كتاب النكاح (١٧٤ - ٢٥٠)

صفة النكاح المشروعة (١٧٤ - ١٧٥) . تفسيره لغة وشريعة (١٧٥ - ١٧٦) .
ركنه : (١٧٦ - ١٧٩) .
شروطه : ١ - الإهلية (١٧٩) . ٢ - الحرية (١٧٩ - ١٨٠) . ٣ - كون المرأة محللة (١٨٠) . التحريم بسبب القرابة (١٨١) . التحريم بسبب الصهرية (١٨٢ - ١٨٤) .
التحريم بسبب الرضاع (١٨٤ - ١٨٥) . تحريم الجمع (١٨٥ - ١٨٩) . تحريم تقديم الأئمة على الحرية (١٨٩ - ١٩٠) . التحريم بسبب حق الغير (١٩٠ - ١٩٢) . التحريم بسبب الشرك (١٩٢ - ١٩٣) . التحريم بسبب مذك اليمين (١٩٣ - ١٩٤) . التحريم بالاطلاق الثلاث (١٩٥) . ٤ - الولي والمهر (١٩٥) . ٥ - الشهادة وشروط الشاهد (١٩٥ - ١٩٨) .

باب المهر : المهر شرط جواز النكاح (١٩٩ - ٢٠٠) . تقدير المهر (٢٠٠ - ٢٠١) . ما يصلح مهرًا وما لا يصلح (٢٠١ - ٢٠٤) . ما يصلح منه التسمية وما لا يصلح (٢٠٤ - ٢٠٦) . ما يستحق به جميع المهر وما يستقط به النصف (٢٠٦ - ٢١٠) . المئمة (٢١٠) . ما يجب عليها من تسليم النفس وما لها من حق المنع (٢١٠ - ٢١٣) . اختلاف الزوجين في المهر (٢١٣ - ٢١٧) . ذكر المهر على طريق الرياء والسمة والتأجئة والهرزل (٢١٧ - ٢١٨) .

باب الولي : الولاية في حق الصغار والمجانين (٢١٩ - ٢٢٣) . الولاية في حق البالغات العاقلات (٢٢٤ - ٢٢٧) . البكر والتيب (٢٢٧) . شرط الكفاة (٢٢٧ - ٢٣٠) .
باب النفقات : نفقة الزوجات : سببها ومقدارها (٢٣١ - ٢٤٠) . نفقة ذوى الأرحام :

أقسام الأرحام . كيفية وجوب نفقة المحارم (٢٤١ - ٢٤٨) . متى تجب النفقة مع اختلاف الدين (٢٤٨) . حد اليسار (٢٤٨ - ٢٤٩) . نفقة الرقيق (٢٤٩) . إذا كان من تجب عليه النفقة مفقودا (٢٤٩ - ٢٥٠) .

كتاب الطلاق

أنواع الطلاق : طلاق السنة وطلاق البدعة (٢٥١ - ٢٥٧) . الطلاق الرجمي (٢٥٧ - ٢٦٧) . الطلاق البائن : أقسامه وأحكامه (٢٦٧ - ٢٧٦) . ألفاظ الطلاق إذا وجد من الزوج أو من نائبه (٢٧٦) . الطلاق بالكتابة (٢٧٦ - ٢٧٨) . طلاق المريض (٢٧٨) .

باب تفويض الطلاق : ١ - إذا قال لامرأته : « أمرك بيدك » : مطلقا (٢٧٩ - ٢٨٢) . موقتا (٢٨٢ - ٢٨٤) ٢ - إذا قال لها : « اختارى » (٢٨٤ - ٢٨٥) . ٣ - إذا قال لها : « أنت طالق إن شئت » : (٢٨٦ - ٢٨٧) . ٤ - إذا قال لها : « طلقى نفسك » (٢٨٧ - ٢٨٨) .

باب الاستثناء وغيره : ١ - الاستثناء : قال لامرأته : « أنت طالق إن شاء الله » (٢٨٩ - ٢٩١) ٢ - قال لامرأته : « أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة » : (٢٩١ - ٢٩٢) ٣ - طلاق المكره والسكران والمأزول والخطأى . (٢٩٣ - ٢٩٤) ٤ - تنجيز الطلاق وتعليقه (٢٩٤ - ٢٩٦) ٥ - إذا قال لامرأته : « أنت على حرام » ونحو ذلك (٢٩٦ - ٢٩٧) . إذا قال : « حل حل على حرام » (٢٩٧ - ٢٩٨) . إذا قال : « أنت على كالميتة والدم » (٢٩٨) .

باب الخلع : تكليفه وما يترتب على ذلك (٢٩٩ - ٣٠١) . حكمه (٣٠١ -

(٣٠٣) . الطلاق على المال والحام (٣٠٣) . لو خالها على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي (٣٠٣ - ٣٠٤) .

باب الإيلاء : تفسيره لغة وشرعا - ركنه - مدته - تفسير البمين (٣٠٥ - ٣٠٨) .
حكم البر في الإيلاء (٣٠٨ - ٣١٠) . تفسيره (٣١١ - ٣١٤) . حكم الخنز (٣١٤ - ٣١٥) .
باب الظهار : ركنه (٣١٦ - ٣١٧) . شرائط صحته (٣١٧ - ٣١٨) . حكمه (٣١٨ - ٣٢٠) . الكفارة (٣٢٠ - ٣٢٣) .

باب العان : مشروعيته وماهيته (٣٢٤ - ٣٢٥) . سبب وجوبه (٣٢٥ - ٣٢٦) .
شرائط وجوبه (٣٢٦ - ٣٢٩) . كفيته (٣٢٩ - ٣٣١) . حكمه (٣٣٢ - ٣٣٤) .
باب فرقة العنين : العيوب في أحد الزوجين وحكمها (٣٣٥) . إذا كان الزوج مجبوا (٣٣٥ - ٣٣٦) . إذا كان الزوج عنيئا (٣٣٦ - ٣٣٩) .

باب الحضانة : حضانة النساء (٣٤٠ - ٣٤٢) . حضانة الرجال (٣٤٢ - ٣٤٣) .
إذا كانت من لها حق الحضانة متزوجة (٣٤٣ - ٣٤٤) . الرقيقة (٣٤٤) . غير المسلمين (٣٤٤) .
إذا أرادت الحضانة أن تخرج بالولد إلى بلد آخر (٣٤٤ - ٣٤٧) . وإرضاع الصبي (٣٤٨ - ٣٤٩) .

باب الرضاع : الرضاع سبب للتحرير ويخاف في ذلك النسب في مسألتي (٣٥٠) .
الرضاع الذي يتعلق به التحريم (٣٥١ - ٣٥٨) . الرضاع الطارىء على النكاح (٣٥٨ - ٣٥٩) .
باب العدة : أنواعها (٣٦٠) . عدة الوفاة (٣٦٠ - ٣٦١) . عدة الطلاق (٣٦١ - ٣٦٤) .
عدة الموطوءة (٣٦٤ - ٣٦٥) : كيفية حساب مدة العدة إذا كانت بالشهور (٣٦٥ - ٣٦٦) . تداخل العديتين (٣٦٦) . عدة الرقيقة (٣٦٧) . عدة غير المسلمة (٣٦٧) . في النكاح الفاسد (٣٦٨) . لا يشترط علم المرأة بالطلاق أو الوفاة لانقضاء عدتها (٣٦٨) . عدة المعتد طهرها (٣٦٨) .

باب ما يجب على المعتدة : عدم الخروج من بيتها (٣٦٩ - ٣٧٠) . عدم المسافرة (٣٧١ - ٣٧٢) . الإحداد (٣٧٢ - ٣٧٤) . الصغيرة والكتانية والائمة والمديرة وأم الولد والمكاتب والموطوءة عن شبهة أو نكاح فاسد (٣٧٤ - ٣٧٦) . إذا قالت « اقضت عدتي » (٣٧٦ - ٣٧٩) .

(٣٨٠ - ٤٢٩) **كتاب العتاق**

أنواع الإعتاق (٣٨٠) . نوعا الألفاظ التي تذكر في العتق (٣٨٠) .
الألفاظ التي يثبت بها العتق : الصريحة (٣٨١ - ٣٨٢) . الملحقة بالصريحة (٣٨٢ - ٣٨٣) .
الكناية (٣٨٣) .

الألفاظ التي لا يمتق بها وإن نوى (٣٨٣ - ٣٨٤)
ألفاظ النسب (٣٨٨ - ٣٨٤) .

باب آخر من العتق : ١ - الإعتاق بين التريكين أو الشركاء (٣٨٩ - ٣٩٣) .
٢ - إذا قال لعبديه : « أحديكم حر » (٣٩٣ - ٣٩٥) . ٣ - لإعتاق الحمل (٣٩٥ - ٣٩٧) .
٤ - من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه (٣٩٧ - ٤٠٠) . ٥ - العتق المضاف إلى الملك (٤٠٠ - ٤٠٠) .

باب أم الولد : تفسير الاستيلاد (٤٠٦ - ٤٠٨) . حكم أم الولد (٤٠٨ - ٤١٠) .
باب المدبر : بيان المدبر (٤١١ - ٤١٢) . حكم المدبر المطبق (٤١٢ - ٤١٣) .
حكم المدبر المقيد (٤١٣ - ٤١٥) .

باب الكتابة : مشروعية الكتابة ونوعاتها (٤١٦) . تفسيرها (٤١٧) . حكمها (٤١٨ - ٤١٩) . إذا مات المكاتب (٤١٩ - ٤٢٠) . الكتابة والعتق الملقى بالأداء (٤٢٠ - ٤٢١) . الإعتاق على مال (٤٢١ - ٤٢٣) .

باب ولاء العتاقة (٤٢٤ - ٤٢٦) .

باب ولاء الموالاة (٤٢٧ - ٤٢٩) .

(٤٣٠ - ٥١٣)

كتاب الإيمان

أنواع الإيمان (٤٣٠) .

اليمين التي تكفر : ١ - على ما هو متصور الوجود عادة (٤٣٠ - ٤٣٣) .
٢ - على ما هو مستحيل غير متصور الوجود أصلاً (٤٣٣ - ٤٣٤) . ٣ - على ما هو متصور الوجود في نفسه لكن لا يوجد على مجرى المادة (٤٣٤ - ٤٣٥) . يمين الفور (٤٣٥) .
اليمين التي لا تكفر (يمين النموس) : (٤٣٥ - ٤٣٦) .

اليمين التي يرجى فيها عدم المؤاخذه (يمين اللغو) : (٤٣٦) .

باب ألفاظ اليمين : ١ - بأسماء الله تعالى (٤٣٧ - ٤٣٨) . ٢ - بصفات الله تعالى (٤٣٨ - ٤٤١) . ٣ - بالله تعالى بطريق الكناية (٤٤١ - ٤٤٣) . ٤ - بغير الله تعالى صورة ومعنى (٤٤٣) . ٥ - بغير الله تعالى صورة وهي يمين بالله تعالى من حيث المعنى (٤٤٣ - ٤٤٧) .

باب الخروج والدخول : أنواع اليمين (٤٤٨) . ١ - قال لامرأته : « أنت طالق » إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني (٤٤٩) . ٢ - قال لامرأته : « أنت طالق » إن خرجت من هذه الدار إلى أن آذن لك » أو « حتى أرضى » (٤٤٩ - ٤٥٠) . ٣ - قال لامرأته : « أنت طالق » إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك » أو « لا أن أرضى » (٤٥٠) - مسائل (٤٥١ - ٤٦٧) .

باب الأكل والشرب : أصل الباب (٤٦٨) . مسائل (٤٦٨ - ٤٧٨) .

باب من اليمين على أشياء مختلفة : (٤٧٩ - ٥٠١)

باب النذر (٥٠٢ - ٥٠٤) .

باب كفارة اليمين : إن كان الحالف موسرا : إن اختار الطلأم (٥٠٥ - ٥٠٧) .

إن اختار الكسوة (٥٠٧ - ٥٠٨) . إن اختار التحرير (٥٠٨ - ٥٠١١) . إن كان الحالف مسمرا (٥١١ - ٥١٣) .

(٥١٤ - ٥٣٩) كتاب الإجارة

نوعاها (٥١٤) .

الإجارة على المنافع : أمثلة - جوازها - شروط جوازها (٥١٤ - ٥١٥) .

أحكامها : ١ - وجوب تسليم المستأجر عقيب العقد (٥١٥ - ٥١٦) . ٢ - ابتداء المدة من حين العقد (٥١٦ - ٥١٧) . ٣ - كيفية الانتفاع (٥١٧ - ٥١٨) . ٤ - سلامة المستأجر من العيب (٥١٨ - ٥٢٠) . لمصالح الدين المستأجرة (٥٢٠) . رد الشيء المستأجر بعد انتهاء المدة (٥٢١) . مكان تسليم الشيء المستأجر ومكان رده (٥٢١ - ٥٢٢) .

الإجارة على الأعمال : أمثلة - نوعاها : الأجير المشترك والأجير الخاص (٥٢٢) .

أحكام الأجير المشترك والأجير الخاص : من حيث الضمان (٥٢٢ - ٥٢٤) . من حيث وجوب الأجر (٥٢٤ - ٥٢٧) .

باب الإجارة الفاسدة وما يكون به مخالفا : الفساد بسبب الجهالة (٥٢٨) .

إجارة المشاع (٥٢٨) . الإجارة على القرب والطاعات (٥٢٨ - ٥٢٩) . الإجارة على المعاصي (٥٢٩) . إجارة النهر مع الماء وبدون الماء (٥٢٩) . إجارة الطريق المرور (٥٢٩) . استئجار رجل للبيع والشراء (٥٣٠) . استئجار أرض فيها رطوبة سنة (٥٣٠) . استئجار عبد للخدمة ودابة للحمل وشروط المستأجر نفقتها (٥٣٠) . حكم الإجارة الفاسدة (٥٣٠) .

بيان ما يصير به مخالفا وما لا يصير به مخالفا (٥٣٠ - ٥٣٣) .

فسخ الإجارة بالعدر : معنى ذلك (٥٣٣) . بيان العذر وأمثلة (٥٣٣ - ٥٣٥) .

بطلان الإجارة : بموت المستأجر أو المؤجر (٥٣٥) . حالة هلاك المستأجر (٥٣٥) .

إجارة الظئر (٥٣٥ - ٥٣٦) .

إجارة ملك الغير (٥٣٦ - ٥٣٧) .

(٥٣٨ - ٥٣٩) الاستصناع

تعريفه (٥٣٨) . هل يجوز (٥٣٨) . حكمه : من حيث اللزوم (٥٣٨) .

من حيث الآثار (٥٣٩) .

فهرست الأعلام المترجم لهم

في هذا الجزء

الرقم الأول يشير إلى الصفحة والثاني إلى الهامش تحت الترجمة

ش			
٥ : ٢٣٧	شريح	٢ : ١٢٩	ابن رستم (ابراهيم)
ع		٥ : ١٢٠	ابن سماعة (محمد)
٧ : ٧٤	عبد الله بن شبرمة	٧ : ٧٤	ابن شبرمة (عبد الله)
٢ : ١٨٧	عثمان بن	١١ : ٢٢٢	أبو بكر محمد بن الفضل البخاري
٣ : ١٢٦	عمرو بن أبي عمرو	ب	
ف		٤ : ٩٨	نسر بن الوليد
٥ : ٤٥٠	القراء (يحيى بن زياد)	ح	
م		٤ : ٩٣	حبان بن منقذ
١١ : ٢٢٢	محمد بن الفضل البخاري	خ	
	(أبو بكر)	٤ : ٢٢١	خالد بن صبيح الروزي
٥ : ١٢٠	محمد بن سماعة	د	
ي		٤ : ٣٤٢	داود بن رشيد الخوارزمي
٥ : ٤٥٠	يحيى بن زياد بن عبد الله	٥ : ١٧٤	داود بن علي الاصفهاني
	(القراء)	ز	
		٣ : ٨٢	زيد بن أرقم

استدراك - في ص ١٧١ ورد اسم الدارقطني ورجته :

هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدارقطني . كان عالماً حافظاً فقيهاً على مذهب الشافعي . أخذ الفقه عن أبي سعيد الاصطخري الفقيه الشافعي . وانفرد بالإمامة في علم الحديث في عصره . وله كتاب « السنن » و « المختلف والمؤتلف » وغيرها . وخرج من بغداد إلى مصر حيث وضع « المسند » ولد سنة ٣٠٦ هـ وتوفي سنة ٣٨٥ هـ ببغداد . و « الدارقطني » نسبة إلى دار القطن وكانت محلة كبيرة ببغداد (ابن خلكان) .

أخطاء مطبعية

وقع أثناء الطبع بعض أخطاء مطبعية لن نخفى على القارىء . وفيما يلي ما وقع عليه نظرنا

الصفحة	السطر	الهامش	الخطأ	الصواب
٦٨		٣	النُقْرَة	النُقْرَة
١٥١	١		ابن أبي لبلى	ابن أبي لبلى
١٧٥	١٢	و ٥	الفرا	الفرا (بالفتح - راجع القاموس في مادة فَرَأ)
٢٩٣		٤	- وطلاق المجنون . كذلك .. وطلاق السكران وعتافه وأفما به كلها وأقواله كأفعال الصحيح إلا الردة .	وطلاق المجنون كذلك كأفعال الصحيح وكأقوال الصحيح إلا الردة .
٣٠٣	٦		وأما الطلاق بموض : لا قيمة له :	وأما الطلاق بموض لا قيمة له :
٣٦٨		٧	مالا يبيض في مثلها	مالا يبيض فيه مثلها
٣٧٦		٧	وانظر فيما يلي ٣٧٧	وانظر فيما يلي ٣٧٧
٤٤٨		٨	والثاني - أن يقول « إلا أن آذن لك » .	ملاحظة : كذا في الأصل و ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ و ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ و ٣٥ و ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ و ٤١ و ٤٢ و ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ و ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٥٧ و ٥٨ و ٥٩ و ٦٠ و ٦١ و ٦٢ و ٦٣ و ٦٤ و ٦٥ و ٦٦ و ٦٧ و ٦٨ و ٦٩ و ٧٠ و ٧١ و ٧٢ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٥ و ٧٦ و ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ و ٨٠ و ٨١ و ٨٢ و ٨٣ و ٨٤ و ٨٥ و ٨٦ و ٨٧ و ٨٨ و ٨٩ و ٩٠ و ٩١ و ٩٢ و ٩٣ و ٩٤ و ٩٥ و ٩٦ و ٩٧ و ٩٨ و ٩٩ و ١٠٠

تقرر تدريس كتاب « النخبة » بأجزاء التمهيد في كلية الشريعة بجامعة دمشق

